الجامعة الأردنيـــــة
كلية الدراسات العليا

التاريـــخ: ٨ / ١٢ / ٢٠١٠

نموذج رقم (١٨)
اقرار والتزام بالمعايير الأخلاقية والأمانة العلمية
وقوانين الجامعة الأردنية وأنظمتها وتعليماتها
لطلبة الماجستير

أنا الطالب: مبارك محمد زبن القحطاني   الرقم الجامعي: (٨٠٦٢٥٠٤٣)

تخصص: قانون   الكليـــــة: الحقوق

عنوان الرسالة: دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقود

اعلن بأنني قد التزمت بقوانين الجامعة الأردنية وأنظمتها وتعليماتها وقراراتها السارية المفعول المتعلقة باعداد رسائل الماجستيرءعندما قمت شخصيا" باعداد رسالتي وذلك بما ينسجم مع الأمانة العلمية وكافة المعايير الأخلاقية المتعارف عليها في كتابة الرسائل العلمية. كما أنني أعلن بأن رسالتي هذه غير منقولة أو مستلة من رسائل أو كتب أو أبحاث أو أي منشورات علمية تم نشرها أو تخزينها في أي وسيلة اعلامية، وتأسيسا" على ما تقدم فانني أتحمل المسؤولية بأنواعها كافة فيما لو تبين غير ذلك بما فيه حق مجلس العمداء في الجامعة الأردنية بالغاء قرار منحي الدرجة العلمية التي حصلت عليها وسحب شهادة التخرج مني بعد صدورها دون أن يكون لي أي حق في التظلم أو الاعتراض أو الطعن بأي صورة كانت في القرار الصادر عن مجلس العمداء بهذا الصدد.

توقيع الطالب: ....   التاريخ: ٨ / ١٢ / ٢٠١٠

تعتمد كلية الدراسات العليا
هذه النسخة من الرسالـــة
التوقيع ..... التاريخ ١٦/١٢/٢٠١٠

الجامعة الأردنية

نموذج التفويض

أنا الطالب مبارك محمد ذيب القطيش أفوض الجامعة الأردنية بتزويد نسخ من رسالتي للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص عند طلبهم حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

التوقيع:

التاريخ: ٨ / ١٢ / ٢٠١٠

دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد

إعداد الطالب

مبارك محمد ذيب آل فطيح

المشرف

الأستاذ الدكتور غازي أبو عرابي

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

كانون الأول / ٢٠١٠

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة (دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد) وأجيزت بتاريخ ٥ / ١٢ / ٢٠١٠

أعضاء لجنة المناقشة	التوقيع
الأستاذ الدكتور. غازي أبو عرابي، مشرفاً أستاذ – القانون المدني	....
الدكتور. عوض الزعبي، عضواً أستاذ مشارك – قانون أصول مدنية	....
الدكتور. أحمد الحياري، عضواً أستاذ مساعد– القانون المدني	....
الدكتور. ياسين الجبوري، عضواً أستاذ مشارك – القانون المدني (الجامعة الإسلامية)	....

الإهداء

إلى والدي ووالدتي

إلى أشقائي وشقيقاتي

إلى زوجتي

إلى أبناء إخوتي وأخواتي

إلى أصدقائي

أهدي ثمرة جهدي في هذا البحث.

شكر وتقدير

أقدم أسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة إلى الذين مهدوا طريق العلم والمعرفة... إلى جميع أساتذتي الأفاضل.......

وأخص بالتقدير والشكر والعرفان:

الأستاذ الدكتور غازي أبو عرابي، مشرفاً

كما أنني أتوجه بخاص الشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة وأخص بالذكر:

الدكتور. عوض الزعبي

الدكتور. أحمد الحياري

الدكتور . ياسين الجبور

فهرس المحتويات

"دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد"

إعداد

مبارك محمد نيب المهان آل فطيح

المشرف

الأستاذ الدكتور. غازي أبو عرابي

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع "دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد". هادفة في المقام الأول إلى إيضاح دور القضاء في إظهار وترسيخ فكرة حسن النية في القانون، من خلال دراسة تاريخ هذا المبدأ عبر العصور القديمة، وقد وجدنا مجموعة من القوانين والشرائع القديمة نصت على مظاهر هذا المبدأ، و اخترنا القانون الروماني ليكون موضع لهذه الدراسة وذلك لكونه مرجعاً لأشهر القوانين الغربية الحديثة وهما القانون الفرنسي والقانون الانجليزي وقد وضحنا موقف الشريعة الإسلامية من هذا المبدأ و خلصنا إلى سبق الشريعة الإسلامية في النص على هذا المبدأ بوجه عام. وقد لاحظنا من خلال قرارات المحاكم الأردنية والمقارن، أن في استناد القضاء على هذا المبدأ في الكثير من الأحكام، أهمية ترجع للقاضي في المقام الأول تتمثل في كون مبدأ حسن النية يوسع من صلاحيات القاضي في إحقاق الحق ورد العقود والتصرفات إلى حدودها، ثم بحثنا في تطبيق القاضي لمبدأ حسن النية كقاعدة قانونية، وحاولنا في بداية هذه الدراسة أن نحدد المقصود بهذا المبدأ، في القواعد العامة للعقد في القانون المدني الأردني، وقد عرضنا اتجاهات الفقه القانوني في تعريف مبدأ حسن النية التي كانت في مجملها تدور حول الأساس الأخلاقي، وقد تساءلنا عن أهمية هذا المبدأ في القانون، ووجدنا أن المشرع يهتم بتطبيق القانون ولكن ليس على حساب المبادئ الأخلاقية التي يسعى لحمايتها والحفاظ عليها. و هذا

التشدد من جهة المشرع جعل من هذا المبدأ ملزما للمتعاقدين وللقاضي. حيث أعلى المشرع من شأن هذا المبدأ وكرسه من ضمن قواعد النظام العام والآداب العامة. التي لا تقف عند المطالب بل يجب على القاضي أن يتدخل في العلاقات العقدية ويراقب مدى الالتزام بها. فعلى اعتبار أن القاضي هو الميزان بين مصلحة الجماعة ومصلحة الأفراد. يقوم بترجيح مصلحة المجتمع على مصلحة الأفراد. وترجيح هذه المصلحة يعود لعدة أسباب منها أن الحقوق بين الأفراد يجب أن تكون في توازن دائم معتدل لتؤدي رسالتها في الحياة أداء يتفق مع مصلحة المجتمع وأهداف القانون وغايته.

إن الهدف الذي تصبو إلية هذه الدراسة في بدايتها يكمن في إزالة الغموض الذي يعتري هذا المبدأ. لتنتقل إلى الدور الرئيسي الذي يقوم به القاضي لتطبيق مبدأ حسن النية في العقد، حيث وجدنا أن القاضي يقوم بدورين، الأول دور رقابي على مراعاة المتعاقدين لمبدأ حسن النية انطلاقا من انه مفترض حيث يقوم بتقدير حسن نية المتعاقد بمعيار ذاتي ومعيار موضوعي وفي هذا الدور لا يقوم القاضي بتطبيق مبدأ حسن النية بل يقوم برقابة التزام المتعاقدين به من خلال المعايير السابقة، التي من خلالهما يقرر القاضي حجم المسؤولية المدنية التي ترتبت على الإخلال أو عدم الإخلال بحسن النية. والدور الثاني دور تطبيقي لهذا المبدأ يقوم على حماية التوازن والعدالة العقدية.

تجدر الإشارة إلى أن القاضي في أحوال معينة يقوم بتطبيق هذا المبدأ دون اللجوء إلى المعايير السابقة وذلك لأهداف تتفق والصالح العام وتعزيز الجانب الأخلاقي ومن أمثلة ذلك في حالة التنفيذ الحرفي لالتزام وفي عقود الإذعان وغيرها من الأمثلة التي يبرز دور القاضي فيها مستندا لمبدأ حسن النية في هذا التدخل، وهذا لا يوضح أهمية المبدأ فقط بل يوضح أهمية دور القاضي في تطبيقه دون الوقوف على المطالبة به.

المقدمة:

تعتبر العقود من أهم الوسائل القانونية التي تهدف إلى تنظيم معظم العلاقات بين الأشخاص، وهذه العقود في تكوينها وإبرامها وتنفيذها تخضع لضوابط والتزامات محددة يعينها القانون ترمى إلى ضبط وتوجيه سلوكيات وتصرفات أطراف العقد بصورة لا تؤدي إلى إجهاض العدالة العقدية. ومن هذه الضوابط أو الالتزامات الالتزام بمبدأ حسن النية، الذي يعتبر من أكثر المسائل القانونية تعقيدا. وذلك باعتباره من الأسس الأخلاقية التي أقحمت للتطبيق على الواقع القانوني لما لها من فوائد كبيرة في ضبط سلوكيات المتعاقدين أو حتى المتفاوضين في المراحل السابقة على العقد.

وقد اخذ هذا المبدأ حيزاً كبيرا في كافة النظم. من هنا نجد في تسليط الضوء على الجوانب التاريخية والقانونية التي أدت إلى تطوير هذا المبدأ على مر الأزمان، و أثر العوامل الاجتماعية والاقتصادية والثقافية على تطور وتغير القيم التي يقوم عليها هذا المبدأ.

تنحصر مهمة القاضي في القانون المدني الأردني بتطبيق النصوص القانونية، وفي هذا السياق، تنص المادة الثانية من القانون المدني الأردني على عدة التزامات تدريجية يجب على القاضي أن يلتزم بها واهم هذه الالتزامات و أولها، انه يجب على القاضي أن يلتزم بتطبيق النص على الواقعة محل النزاع ، مع الأخذ بعين الاعتبار المصادر التي يستقي منها القاضي حكمة في حالة غياب النصوص القانونية. إذا رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في العقد، تعتمد على كونه قاعدة قانونيه، ومن ثم يتبادر إلى الذهن السؤال عن كيفية رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية، وصولا إلى كشف الإخلال به، وتحديد المعيار الذي يستند إليه القاضي في ممارسة دوره الرقابي على مدى التزام أطراف التعاقد بمقتضيات حسن النية في التعاقد، و نطاق رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في انعقاد العقد، وذلك من خلال المبادئ التي تحكم انعقاده، بالإضافة إلى توضيح الدور الرقابي للقاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد. و أهم تطبيقات مبدأ حسن النية خلال مراحل إبرام وتنفيذ العقود من خلال تسليط الضوء على أهم مقتضيات حسن النية وسلامة الإرادة التعاقدية وفقا للقانون المدني الأردني، وتحديد المسؤولية المترتبة على الإخلال بهذا المبدأ في تنفيذ العقود وفقا للمعيارين الشخصي والموضوعي

وقد بحثنا في مسألة القصور القانوني المتعلق في الجوانب القانونية التي تحكم المسؤولية المترتبة على أطراف التفاوض خلال المرحلة السابقة على التعاقد، ومدى أمكانية تطبيق مبدأ حسن النية على التصرفات السابقة على العقد خلال مرحلة المفاوضات، لأن هذا المبدأ ينطوي على أهمية خاصة لضبط سلوكيات وتصرفات أطراف التفاوض ولهذا فإن معظم التشريعات الوطنية أصبحت تلزم هذه الأطراف بضرورة إبرام عقود معينة تحمي حقوقهم، كعقد المحافظة على سرية المعلومات المتبادلة خلال مرحلة التعاقد.

وفي هذا الصدد تثور عدة أسئلة تتلخص في **صفة القاعدة القانونية لمبدأ حسن النية، و أهميته كقاعدة قانونية و أهميته للقاضي، وهل القاضي ملزم بتطبيقها في ظل القانون الأردني والمقارن؟.** لذا فإن دور القاضي في فصل النزاعات يعتمد أولا على دور المشرع في إصدار القوانين ثم دور الأفراد بالالتزام بها وفق ما نص عليه المشرع ثانيا.

وبناء على دور المشرع الذي يأتي في المرتبة الأولى فإن المشرع الأردني أولى اهتمام بالغ بتنظيم العقد وتفصيل أحكامه ويتضح ذلك في القانون المدني الأردني الذي نص فيه على قواعد عامه للعقد يستعين بها القاضي في حال عدم وجود قواعد تحكم المسالة المعروضة أمامه في الاتفاق أو القانون الخاص بها، وفي هذه الأحكام التفصيلية للعقد نص المشرع على مبادئ عامه يرى اغلب الفقه أن المشرع يهدف منها تعزيز الجانب الأخلاقي في التعاقد، ومن هذه المبادئ مبدأ حسن النية، الذي نص عليه المشرع في أكثر من موضع والذي يؤكد الفقه في هذا الشأن أن العقد هو المعني أولا بهذا المبدأ لذا فان التزام المتعاقدين به خصوصا في مرحلة تنفيذ العقد هو التزام قانوني لا يجوز لأي من المتعاقدين الإخلال به.

مما تقدم فإن مشكلة الدراسة تتلخص في أن القاضي عندما ينظر في مسألة عقدية وتمهيدا لتطبيق مبدأ حسن النية. **هل يقوم أولا بدور رقابي على مدى التزام المتعاقدين به استناداً لما يفرضه القانون أولا ثم ما يفرضه الاتفاق؟ فإن وجد إخلال بهذا الالتزام فكيف يقوم القاضي بإلزام المتعاقد به؟** والسؤال المهم في هذه الدراسة. **هو كيف يتحقق القاضي من حسن نية المتعاقد؟**

إن أهمية دراسة دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد تظهر في عدة جوانب:

الجانب الأول: "دور القاضي". إن قيام السلطة التشريعية بوظيفتها الأولى التي ترتكز على وضع القوانين، تقابلها السلطة القضائية المعنية بالفصل في النزاعات المطروحة أمامها بتطبيق النصوص القانونية عليها، لذا فإن وظيفة القضاء تشكل أهمية لا تعلوها أي وظيفة في المجتمع، لان استقرار المجتمع وحماية حقوق الأفراد في داخلة تعتمد على القضاء الذي يبين الحقوق والواجبات التي نص عليها المشرع في حال التنازع فيها.

الجانب الثاني:"مبدأ حسن النية". من أهم القوانين التي سنتها السلطة التشريعية القانون المدني الأردني، الذي فصل فيها المعاملات المدنية خصوصا المالية، وتفادى المشرع الأردني قصور قواعد القانون المدني بالنص على مبادئ عامة تواكب التطور الذي يطرأ على المجتمع ويجعل من هذا القانون صالحاً للتطبيق على جميع المسائل ، ومن هذه المبادئ التي نص عليها المشرع "مبدأ حسن النية"

الجانب الثالث:"العقد". أن الإنسان له حاجات، تتعدد الطرق التي يسلكها لإشباع هذه الحاجات، ومن بداية الإنسان على وجه الأرض إلى وقتنا الحاضر، يجد في التعاقد أفضل طريقة يسلكها لإشباع اغلب حاجاته لذا فقد أولت القوانين أهمية بالغة بوسيلة العقد، ومن هذه القوانين القانون المدني الأردني، فقد نص على قواعد عامه للعقد اهتم بتفصيل أحكامها وألزم المتعاقدين بعدم مخالفتها، ونص في القواعد العامة للعقد على مبادئ عامة، يرى اغلب الفقه أن المشرع يهدف من النص على هذه المبادئ تعزيز الجانب الأخلاقي في القانون، لأن العقد وسيلة تعامل قانونية بين الأفراد في المجتمع وهذا التعامل يجب أن تحوطه الأخلاق من جميع جوانبه .

ومن أجل مناقشة مشكلة الدراسة بتعمق و والوصول إلى النتائج والتوصيات المرجوة لحلها، ستعتمد هذه الدراسة أولا على الأحكام القضائية التي تعتمد في شرعيتها على إطار قانوني يتمثل بمدى التزامها بتطبيق النص التشريعي وهذا الأخير سيكون الأساس الثاني الذي تنظر له هذه الدراسة بعد الحكم القضائي. وستعتمد على الأراء الفقهية لتفسير اتجاه القضاء في الأحكام القضائية من جهة ومن جهة أخرى فإن للفقه وظائف متعددة يسترشد بها القاضي على اعتبار أنها مصدر استرشادي للقواعد القانونية، لذا فإن الفقه يولي الاهتمام بتفسير

القواعد القانونية كما يهتم بتعريف معنى المصطلحات القانونية التي سوف نستاقها من هذا المصدر الاسترشادي للقواعد القانونية. في إطار القانون المدني الأردني موازنة بالفقه الإسلامي مقارنتاً بأهم القوانين الغربية والعربية كالقانون الفرنسي والانجليزي والقانون المصري

وعليه فإن هذه الدراسة ستقوم على عدة مناهج بجانب المنهج المقارن قد تكون منفردة وقد تكون مختلطة كالمنهج الوصفي والمنهج التاريخي و المنهج النقدي والمنهج التحليلي وذلك لإظهار دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد.

قسم الباحث هذه الدراسة إلى أربعة فصول أساسية، على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في القانون ودور القضاء في ترسيخه

المبحث الأول: مبدأ حسن النية في القوانين الوضعية

المبحث الثاني: مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية

الفصل الأول: تطبيق القاضي لمبدأ حسن النية كقاعدة قانونية

المبحث الأول: مبدأ حسن النية وأهميته في القانون و للقاضي

المبحث الثاني: التزام القاضي بتطبيق مبدأ حسن النية

الفصل الثاني: مبدأ حسن النية وتطبيقاته خلال مرحلتي المفاوضات والتنفيذ

المبحث الأول: مبدأ حسن النية وتحديد الالتزامات الناشئة أثناء الفترة السابقة على التعاقد.

المبحث الثاني: حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود في ضوء القانون المدني الأردني.

الفصل الثالث: رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في العقد

المبحث الأول: رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في انعقاد العقد وذلك من خلال المبادئ التي تحكم انعقاده.

المبحث الثاني: رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

الفصل التمهيدي

التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في القانون ودور القضاء في ترسيخه

تكمن أهمية دراسة تاريخ مبدأ حسن النية في معرفة منشأ هذا المبدأ، والفلسفة التي أدت إلى نشوئه، والظروف الاجتماعية التي ساعدت على تعزيزه و الوظائف التي أداها في المجتمع الذي نشأ فيه، لنخرج من كل ذلك بنظرة واضحة عن طبيعة هذا المبدأ الخلقية، التي جعلته موضع تبني الشرائع والأديان قديما وحديثا، وإذا انتهينا إلى هذه النظرة عن طبيعة المبدأ سهل علينا إدراك فحواه في قوانيننا الحاضرة باعتبار أن الماضي يصل إلى الحاضر وأن الفكرة تتكيف دون أن تفقد جوهرها.

ولتوضيح ما تقدم، فإننا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:-

المبحث الأول: مبدأ حسن النية في القانون الوضعية

المبحث الثاني: موقف الشريعة الإسلامية من مبدأ حسن النية

المبحث الأول

مبدأ حسن النية في القوانين الوضعية

يبدو أن مبدأ حسن النية قد ظهر في الشرائع القديمة كشريعة حمو رابي التي أخذت بمبدأ القوة القاهرة، و مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق و وجوب التعويض عن الضرر، و كالقانون الإغريقي الذي جعل من الإرادة صاحبة الدور الرئيس في انعقاد العقد، و جعل التراضي أساسا للعقد دون حاجه لإجراءات شكلية.

وعلى الرغم من أهمية ما سبق، إلا أن دراسة التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في القانون الروماني تعلوها أهمية، فالقانون الروماني من جهة يعتبر مصدرًا تاريخيًا لمعظم قوانين الدول الحديثة، فقد انتقلت أحكام القانون الروماني إلى القانون المدني الفرنسي، الذي كان يلعب دور الوسيط بين القانون الروماني وقوانين الدول الحديثة، ومن جهة أخرى فإن استناد القضاة الرومان إلى هذا المبدأ في أعمالهم القضائية كان له اكبر الأثر في ترسيخه وانتشاره، كما أن اللجوء إليه كان عاملا مهما في المحافظة على مرونة القانون الروماني و أغنائه، وجعله يلاءم باستمرار مقتضيات الحياة الاجتماعية المتطورة، من خلال تلافي أي قصور في القانون، والنظرة إلى الفرد والى المجتمع نظرة عقلية هادفة إلى إسعاد الفرد من خلال المجتمع، فأصبح القانون الروماني موضع احترام الشعوب قديما وحديثا[١].

وقد لعب القضاء دورا بالغ الأهمية في نمو القانون الروماني وتطوره ، وقد بدأ أثره يظهر عندما تولي البريتور شؤون القضاء، فلم يقتصر دوره على تطبيق القانون وإنما كان يصوغه ويضعه، وكان من نتيجة ذلك أن نشأ القانون البريتوري وجمع تجميعا رسميا، وكان هذا القانون من صنع القضاء[٢].

في هذا المبحث سنتعرف أولا على التطور التاريخي لفكرة حسن النية في القانون الروماني، وسنرى أن دور القضاء في هذا التطور كان له الأثر الأكبر في ترسيخ هذا المبدأ في القانون، وسنبحث بشيء من التفصيل في القانون الروماني القديم إلى أن تأثر بمبادئ الكنيسة التي نصت على مظاهر مبدأ حسن النية. وفي هذا المبحث سنستعرض مبدأ حسن

[1] – د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، ١٩٨٤، ص٤٠.، أنظر: إبراهيم احمد الذيابات، حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، الأردن، ٢٠٠٥ ص١٠

[2] – د.عبد المنعم فرج الصدة، أصول القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،مصر،١٩٩٤، ص ١٨٣

النية في القانون الفرنسي والانجليزي، اللذين تأثرا بشكل واضح بالقانون الروماني، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن النظام القضائي يلعب دورا مهما في تطور النظم القانونية، وقد كان لاختلاف النظام القضائي لكلا القانونين فرق في تطبيق وتطور هذا المبدأ إذ اتبع القانون الانجليزي نظام السابقة القضائية (النظام الانجلوسكسوني) الذي يؤثر في تطور تطبيق هذا المبدأ، وقد اخذ القانون الفرنسي بنظام تطبيق النصوص القانونية(النظام اللاتيني).

وبناء على ذلك، سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الأتي :

المطلب الأول: مبدأ حسن النية في القانون الروماني و دور القضاء في ترسيخه

المطلب الثاني: مبدأ حسن النية في القوانين الحديثة

المطلب الأول

مبدأ حسن النية في القانوني الروماني و دور القضاء في ترسيخه

لقد اعتقد الرومان في عصورهم الأولى أن الشكلية هي العنصر الوحيد لصحة العقد دون أخذ الإرادة بعين الاعتبار، فكان الغش و الإكراه لا يشكلان خللاً يصيب العقد[1]. و هذه الشكلية لم تكن مجرد صورة للتعبير عن الإرادة بل هي العنصر الوحيد الذي يهتم به القانون ويرتب عليه الأثر [2]. و يرى بعض الفقه أن ندرة التصرفات القانونية من ناحية وما يحيط بها من علانية من ناحية أخرى وصرامة الأخلاق من ناحية ثالثة، كانت عوامل تحول دون توفر الغش والإكراه[3].

إلا أن اتساع التصرفات القانونية و اتجاهها إلى التجرد من الأخلاق والتغاضي عن مبدأ حسن النية ساعد على ظهور الغش في التصرفات [4]. و لم يتضمن القانون الروماني في عصوره الأولى نصًا يعاقب على الغش، أي أن التصرف يعتبر صحيحًا منتجا لأثاره حتى لو كان قائمًا على الغش أو الإكراه أو الاحتيال لان العبرة في نفاذ العقود للمراسيم والشكلية وليس للرضا وحسن النية[5]. وتجدر الإشارة إلى أن محاولة المتعاقد الاستفادة من ذكائه ومهارته في التعامل واستغلال جهل المتعاقد الآخر وقلة خبرته، والمبالغة في تقدير قيمة الشيء والتهويل في بيان أوصافه والكذب في التعامل أمر مشروع ومباح واعتبره الرومان ضربًا من ضروب المهارة[6].

وبتطور الحضارة الرومانية نالت الأفكار القانونية لاسيما مبدأ حسن النية تقدما أكثر، مما أدى إلى إعطاء الإرادة قسطا من الأثر القانوني. ويعود الفضل في تراجع الشكلية إلى قانون الشعوب أي القانون الذي يحكم علاقات الرومان بالأجانب؛ إذ اضطر البريتور (الحاكم القضائي) إلى إنشاء وخلق قواعد قانونية جديدة لعدم وجود نصوص يسير عليها، لذلك أخذ

---

1 – د.يحي احمد بني طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن ،عمان، ٢٠٠٧، ص ١٢

2 – د.عبد السلام الترمانيني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، الطبعة الثالثة، منشورات جامعة الكويت، الكويت، ١٩٨٢، ص١٨٧

3 – د.يحي احمد بني طه، المرجع السابق، ص١٢

4 – د.عكاشة عبد العال– د.طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٢، ص٥٤٢-٥٤٤

5 – د.محمود المغربي، الوجيز في تاريخ القوانين، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، ١٩٧٩،ص٢٥٧

6 – د.محمد السروي، الغش في المعاملات المدنية، دراسة مقارنة ي القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، ٢٠٠٤، ص٤-٦

البريتور في اقتباس قواعد ونظم قانونية جديدة خالية من الشكلية، تتلاءم وحاجات التجارة. ومن أهم هذه النظم العقود الرضائية القائمة على حسن النية[١]. و قد اعتمد فقهاء الرومان بشكل خاص في بناء و استنباط هذه النظم القانونية على المبادئ الفلسفية الإغريقية كالعدالة و حسن النية والأمانة و الثقة[٢].

ويرى البعض أن في استناد القضاة الرومان إلى هذا المبدأ في أعمالهم القضائية اكبر الأثر في ترسيخه في القانون الروماني وانتشاره إلى النظم الأخرى، كما أن لجوءهم إليه كان عاملا مهما في المحافظة على مرونة القانون الروماني و أغنائه وجعله يلائم باستمرار مقتضيات الحياة الاجتماعية المتطورة، من خلال تلافي أي قصور في القانون والنظرة إلى الفرد والى المجتمع نظرة عقلية هادفة إلى إسعاد الفرد من خلال المجتمع، فأصبح القانون الروماني موضع احترام الشعوب قديما وحديثا[٣].

ويرى الأستاذ ستيف أن ظهور مبدأ حسن النية في القانون الروماني يعود إلى التحولات الاجتماعية التي انطوت على التدني الخلقي، ويقول أن الحقوق الرومانية هي أوضح مظهر للانتقال من الحقوق الأبوية إلى الحقوق المدنية، فقد تحرر الفرد من قيود التضامن العائلي ونشأت علاقات حقوقية بينه وبين أفراد كثيرين لا يعرفهم، ولا يحوزون الثقة التي يفترض وجودها بين أفراد العائلة الواحدة، الأمر الذي أدى لجعل الحقوق أداة إجحاف في أيدي الحاذقين ولما تعددت الأوامر الحقوقية المتنوعة ظهرت فكرة حسن النية واحترام العقود والعهود[٤].

وهكذا يتضح أن ظهور مبدأ حسن النية في القانون الروماني مرتبط بالتطور الذي مر به القانون الروماني عبر العصور المختلفة، فقد نشأ القانون الروماني بدائيا كغيره ليحكم مدينة صغيرة، حيث كان عبارة عن مجموعة من الأعراف التي توارثها الرومان عن أسلافهم، ثم مر بمراحل تطور تبعا للتغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية وتحول المجتمع الروماني من مجتمع زراعي إلى مجتمع تجاري ، ثم امتد حكمهم إلى مناطق واسعة من العالم

---

1 – د.محمود المغربي، مرجع سابق، ص٩٢

2 – د.صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٦، ص ٢٧١

3 – إبراهيم احمد الذيابات، المرجع السابق، ص١٠

4 – أنظر: د. الملا صالح– د.عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير منشورة في القانون الخاص، الطبعة الأولى، مطبعة اليرموك، جامعة بغداد، العراق، ١٩٧٣، ص ١

آنذاك في عهد الإمبراطورية الرومانية، التي ضمت أجناسا وحضارات متباينة وقوانين وعادات مختلفة، وكان لها أثر بالغ في تطور القانون الروماني وسموه، فكتب له البقاء والخلود وجعل أساسا لمعظم التشريعات الحديثة[١].

ويقسم الباحثون مراحل تطور القانون إلى أربع مراحل، وتعود أهمية عرض هذه المراحل إلى معرفة المرحلة التي برز فيها دور القضاء في ترسيخ مبدأ حسن النية، وهذه المراحل هي:

المرحلة الأولى، العصر الملكي: ويبدأ من إنشاء روما عام ٧٥٤ ق.م وحتى قيام الجمهورية سنة ٥٠٩ ق.م وكان القانون في هذه المرحلة مجرد مجموعة من الأعراف نشأت كعادات وتقاليد توارثها الناس جيلا بعد جيل، قبل إنشاء مدينة روما ومعرفة الكتابة، وكانت تلك الأعراف ذات ارتباط بالدين والأخلاق، وكان القانون من اختصاص طبقة الكهنة والملوك الذين أسهموا في نشأة هذا العرف ومنحه قوة ملزمة، عن طريق قيامهم بتطبيق العادات السائدة والاستناد إليها في أحكامهم القضائية، وقد ظل القانون سرا يحتفظ به رجال الدين حتى تم تدوينه وإصدار الألواح ألاثني عشر[٢].

المرحلة الثانية،عصر القانون القديم: يبدأ هذا العصر بقيام الجمهورية وينتهي بصدور قانون إيبوتا ٥٠٩-١٤٠ ق.م[٣]. وتميز هذا العصر بصدور أول مجموعة قانونية عرفت بالألواح ألاثني عشر في ٤٦٢ ق،م وجاء إصدارها نتيجة ظروف اجتماعية وسياسية أدت إلى اضطرابات داخلية شهدتها روما في نهاية القرن الخامس ق.م[٤]. وتضم اللائحة مجموعة من الأعراف السائدة مع بعض التعديلات لتلاءم التغيرات الاجتماعية، وتم وضعها من قبل هيئة شكلت لهذا الغرض، وتعد هذه اللائحة قانونا عاما للرومان على مختلف طبقاتهم كما اتخذت أساسا للقوانين العامة والخاصة فيما بعد[٥].

---

1 – د.نورة النعيم، التشريعات في جنوب غرب الجزيرة العربية حتى نهاية دولة حمير، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض،٢٠٠٠، ص٥٤

2 – د.علي جعفر، تاريخ القانون والشرائع، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان، ١٩٨٢، ص٣٠-٣١

3 – د.نورة النعيم، مرجع سابق، ص٥٥

4 – د.علي جعفر، مرجع سابق، ص٤٢

5 –د.حول هذه اللائحة والظروف التي أدت إلى إصدارها انظر، د.نورة النعيم، المرجع السابق ،ص ٥٦

ويرى البعض أنها اقتبست من القوانين الإغريقية بعضا من قواعدها، و رغم أن النسخة الأصلية لهذه اللائحة مفقودة إلا أن بنودها عرفت من خلال الكتابات القانونية القديمة، ورغم صدور قوانين أخرى في مراحل متعددة، إلا أنها ظلت مرجعا مهما في القانون الروماني حتى ظهور مدونة جستنيان، ولم يقف القانون الروماني جامدا بعد صدور الألواح ألاثني عشر على الرغم من استمرارية العرف كمصدر له، إلا أن القانون الروماني في عصر الجمهورية واجه تطورات نتيجة لاتساع رقعة الدولة، وظهور مصادر جديدة للقانون كالتشريع والفقه والقانون القضائي (البريتوري) وقانون الشعوب. ثم تخلص القانون الروماني من الجمود على يد الفقهاء الذين عمدوا إلى تفسير القواعد القانونية[1].

المرحلة الثالثة، العصر العلمي: يمتد هذا العصر من ١٣٠ ق.م وحتى ٢٨٤م وقد تعددت مصادر هذا العصر كما ظهرت سلطات تشريعية أخرى مثل مجلس الشيوخ ثم الإمبراطور نفسه. و انحصرت المصادر في التشريع ولكن بعد ضعف سلطات المجالس التشريعية انحصر هذا الحق في مجلس الشيوخ، ولكن سلطة هذا المجلس لم تدم طويلا إذ انتقلت تدريجيا ليد الإمبراطور، وأصبحت دساتير الأباطرة مصدرا جديدا للتشريع. وتتضمن هذه الدساتير المنشورات والأحكام القضائية و الفتاوى و التعليمات والتوجيهات التي يصدرها الإمبراطور. كما استمر القانون البريتوري مصدرا للقانون الروماني إلى جانب التشريع، ويليهما الفقه الذي ازدهر في هذا العصر، وازداد نشاط الفقهاء خاصة في مجال الإفتاء والتأليف، وكان من أشهر فقهاء هذا العصر بومبيوس الذي وضع الكثير من الشروحات في القانون المدني، وله كتاب موجز في تاريخ القانون، وقد اعترف في هذه المرحلة للأجانب ببعض الحقوق الخاصة بعد تعيين بريتور خاص بهم، ثم منح جميع رعايا الإمبراطورية حق المواطنة بصدور مرسوم كار كالا عام (٢١٢ م) وطبق عليهم بذلك القانون الروماني [2]

المرحلة الرابعة، عصر الإمبراطور السفلي: يمتد هذا العصر من تولي دقلديانوس (٢٨٤م) وحتى وفاة الإمبراطور جستنيان عام (٥٦٥ م). أثرت عوامل اجتماعية واقتصادية وسياسية ودينية في مسيرة القانون الروماني، وكان من أبرز التغيرات التي أدت إلى انحلال وتدهور عام في الإمبراطورية الغزو الجرماني، وتحول السلطة إلى حكم مطلق وانقسام الإمبراطورية إلى غربية وشرقية (٣٩٥ م)، رغم بقائها موحدة من الناحية القانونية، ثم سقوط

---

1 – د.نورة النعيم ، مرجع سابق، ص ٥٦

2- د. نورة النعيم. المرجع نفسه، ص ٥٧

الغربية على يد الجرمان عام (٤٧٦ م) وأخيرا ظهور المسيحية وانتشارها وهي التي كان لها أثر كبير في القانون الروماني.

يتضح مما تقدم ومن خلال تتبع تطور القانون الروماني عبر العصور؛ أن القانون الروماني في مراحله الأولى كان قانونًا قائمًا على الشكلية، لا دور للإرادة في إنشاء الالتزام، و لم يكن هناك مجال لظهور مبدأ الرضائية [١]. بل كان أساس الالتزام هو القالب الشكلي الذي يصب فيه. ويدلل على ذلك ما نصت عليه موسوعة جستنيان على انه (لا تنشأ من الاتفاق المجرد أي دعوي وإنما ينشأ عنه دفع فقط)[٢]. وسبب ذلك يعود إلى شكلية النظم التي كانت سائدة، فلم يكن هناك واجب للالتزام بحسن النية أو الابتعاد عن الغش أو الإكراه، أو أن يكون الباعث مشروعًا أو غيرها من مظاهر سوء النية، ما دام العقد قد استوفى الشكلية المطلوبة. لذلك فإن اعتماد مبدأ حسن النية في العقود يتوقف على موقف المشرع في أي قانون من اثر ودور الإرادة والباعث في إبرام العقود وتنفيذها، حيث إن مدى اعتداد القانون بالإرادة كأساس لانعقاد العقد، فإذا اعتبرت الإرادة أساسًا للالتزام يبرز دور مبدأ حسن النية و إذا لم يعتمد تلاقي إرادة المتعاقدين كأساس لانعقاد العقد فإن دور مبدأ حسن النية يضعف و ينعدم[٣].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الشكلية لم تكن مجرد صورة للتعبير عن الإرادة بل هي العنصر الوحيد الذي يهتم به القانون ويرتب عليه الأثر [٤]،حيث لم تكن نشأة الالتزام العقدي تعود إلى ما للإرادة ذاتها من قدرة على خلق الالتزام ، بقدر ما ترجع إلى ما تحمله الحركات والإشارات والألفاظ الشكلية من مدلول، وبالرغم من أن الشكلية من شأنها حمل المتعاقد على التروي قبل الإقدام على التعاقد، بالإضافة إلى تحديد وقت تمام العقد بتمام الشكل، غير أنه كان من شأنها عرقلة المعاملات لما تستلزمه من حضور الطرفين لا تمام العقد، وتقيدها بألفاظ العقد

---

[1] – د.عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ص ١٨٧

[2] – د.محمد عبد المنعم بدر، القانون الروماني، الكتاب الثاني في الأحوال، دار الحديثة، القــاهرة، ١٩٥٤، ص ٥٥. – عمر ممدوح مصطفى ، القانون الروماني، الطبعة السادسة ، دار المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٦٦ ،ص ٤٦٦

[3] – د.محمد مصباح القاضي. مبدأ حسن النية في قانون العقوبات.دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المــصري والقانون المقارن.دار النهضة العربية. مصر. القاهرة. ١٩٩٧،ص٢-٣

[4] – د.عبد السلام الترمانيني، المرجع السابق، ١٨٧

دون النظر إلى نية المتعاقدين. و مما لا شك فيه أن مثل هذا النظام كان متفقا مع حالة المعاملات في العصور الأولى للقانون الروماني (١).

غير أن اتساع التصرفات القانونية واتجاهها إلى التجرد من الأخلاق ساعد على ظهور الغش في التصرفات (٢). وعلى الرغم من ذلك فقد كان التصرف صحيحًا ينتج آثاره حتى لو كان قائمًا على الغش أو الإكراه أو الاحتيال لأن العبرة في نفاذ العقود للمراسيم والشكلية، وليس للرضا وحسن النية (٣). ويظهر تأثر القانون الروماني بالشكلية حتى على مستوى تفسير النصوص، فقد كان الرومان يعتمدون على حرفية النص دون البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فكانت العبرة بالألفاظ والمباني دون المقاصد والمعاني (٤).

وهذا يعني انه لا يمكن الحديث في هذه المرحلة عن مبدأ حسن النية، وذلك لأن البحث في أثر مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية خصوصا في إطار دراسة العقد يتوقف على موقف المشرع في أي قانون من اثر ودور الإرادة والباعث في إبرام العقود وتنفيذها، حيث إن مدى اعتداد القانون بالإرادة كأساس لانعقاد العقد يرتبط ارتباطًا وثيقًا بمدى الأخذ بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من عدمه، فإذا اعتبرت الإرادة أساسًا للالتزام يبرز دور مبدأ حسن النية و إذا لم يعتمد تلاقي إرادة المتعاقدين كأساس لانعقاد العقد فإن دور مبدأ حسن النية يضعف و ينعدم، كما أن لهذه الإرادة دوافعها والتي قد تكون مشروعة وقد تكون غير مشروعة، لذلك فإن موقف القانون من وجوب أن يكون الباعث مشروعًا وصلاحية القاضي في بحث مشروعية هذا الباعث، يترك أثره في اعتماد أو عدم اعتماد مبدأ حسن النية كمبدأ عام يحكم التصرفات القانونية عبر العصور المختلفة (٥).

ولكن وبتطور الحضارة الرومانية واتساع أرجاء الدولة والنمو المتزايد للتبادل والنشاط التجاري، نالت الأفكار القانونية تقدما أكثر مما أدى إلى إعطاء الإرادة قسطا من الأثر القانوني، فالتجارة تستلزم سرعة العمل واختزال الوقت بين الحاضرين والغائبين،كما انه ليس من الإنسانية أن يترك أحد الطرفين لغش الطرف الآخر أو إكراهه على التعاقد، فأصبح

---

[1] – د.عكاشة عبد العال– د.طارق المجذوب، مرجع سابق، ص ٥١٢-٥١٣

[2] – د.عكاشة عبد العال– د.طارق المجذوب، مرجع سابق، ص٥٤٢-٥٤٤

[3] – د.محمود المغربي، المرجع السابق، ٢٥٧

[4] – د.علي جعفر، مرجع سابق، ص١٤٧

[5] – د.محمد مصباح القاضي، مرجع سابق، ص٢-٣

للأخلاق والديانة والعدالة الطبيعية أثر خطير في النصوص القانونية وعلى الأخص في العصر الإمبراطوري، بفضل الفلسفة اليونانية والتعاليم المسيحية، حتى قيل بأن القانون الروماني أصبح مبنياً على الأخلاق والعقل لا على الرسوم والتقاليد ، ولذا فإن المشرع لم يحم الأخلاق إلا عند فساد الأخلاق[١].

إن تطور حياة الرومان الاجتماعية والاقتصادية أدى إلى تنوع الأعمال الذي نتج عنه تنوع العقود التي قسمت إلى أربعة أنواع، هي العينية واللفظية و الرضائية والكتابية . ولما كانت هذه العقود مؤيدة بدعوى، نص عليها قانون الألواح ألاثني عشر، فقد دعيت بالدعاوى القانونية. ويرتبط الالتزام بها بتوافر الشكل باستثناء العقود الرضائية التي استثنيت من الأحكام الشكلية ، لذلك اشترط فيها توافر حسن النية وسلامة الإرادة من العيوب فكانت الدعاوى التي تؤيدها تدعى بدعاوى حسن النية[٢]. ومنشأ هذه العقود الرضائية هو قانون الشعوب وهذه العقود هي البيع والإيجار والوكالة والشركة[٣].

إلا أن الخروج على قاعدة الشكلية ظل محدودًا، فكان فقط بالنسبة لبعض العقود كثيرة التداول[٤]، إذ لم يكن هذا التطور كافيًا لمعالجة الحاجات العملية في العقود التي كثر تداولها في التعامل، فالشكلية على تقلصها ما زالت تستلزم حضور الطرفين وتبادل الحوار اللفظي، مما استدعى استثناء بعض العقود التي يكفي لانعقادها وتنفيذها مجرد التراضي[٥]. و يكفي حضور ممثلين عن المتعاقدين مع بقاء عقود شكلية تستلزم لانعقادها شكلا معينا، كالعقود العينية التي يتولد فيها الالتزام لا من مجرد الاتفاق، إنما من واقعة مادية معينة وهي تسليم الشيء محل التعاقد. ويفترض في هذه العقود وجود شخصين أحدهما يقوم بتسليم الشيء فيكون دائنًا به أو بمثله، والآخر بتسلمه فيكون مدينًا برده أو برد شيء آخر مماثل له. و قد عرف القانون الروماني أربعة عقود عينية هي القرض، وهذا لا يعتبر من عقود حسن النية لأنه كان يرتب نقل ملكية الشيء المقترض إلى المقتر ض. أما عقود عارية الاستعمال والائتمان والوديعة والرهن.، فهي من عقود حسن النية، لا يترتب عليها سوى نقل حيازة الشيء المعار أو المودع أو المرهون إلى المستفيد أو المودع لديه أو الدائن المرتهن. أما العقود الرضائية أي التي تتم

---

[1] – د.علي بدوي، مبادئ القانون الروماني، الطبعة الأولى، مطبعة مصر، القاهرة، ١٩٣٦، ص١٨

[2] – د.عباس العبودي، تاريخ القانون، مديرية الكتب، الموصل، العراق، ١٩٨٨، ص١٠٣

[3] – د.علي جعفر، مرجع سابق،ص٩٥

[4]– د.عكاشة عبد العال– د.طارق المجذوب، مرجع سابق، ص ١٧٠–١٧٦

[5] –د.عبد السلام الترمانيني، مرجع سابق، ص ١٨٨

بمجرد التراضي بين طرفيها دون حاجة لإجراء شكلي أو مادي أخر، فإنها تتفق بقيامها على فكرة التراضي وحدها وفي إمكان انعقادها بين غائبين، وبأنها من عقود حسن النية فيقوم الالتزام بها على قواعد العدالة والأخذ بمبدأ حسن النية، مما جعل للقاضي سلطة تقديرية واسعة تمكنه من تحديد ما يجب على كل من الطرفين وفقا لقواعد العدالة[١].كذلك فإن للقاضي في العقود الرضائية حرية التقدير عند الفصل في عقود حسن النية ، فهو يفسر الالتزامات الناشئة عنها بما يقتضيه حسن النية والشرف في المعاملات، ويتقيد بنية المتعاقدين المشتركة، والعبرة في التفسير للمقاصد والمعاني، وتفسير العقود لصالح المدين وعبارات العقد تفهم على معناها وقت وضعها[٢]. نخلص إلى أن ظهور مبدأ حسن النية في القانون الروماني يرجع إلى أسباب عدة تتدرج بعد التطور الحضاري الذي شهدته روما حيث أدى هذا التطور إلى تطورت الأفكار القانونية مما أدى إلى إعطاء الإرادة قسطا من الأثر القانوني لاسيما مبدأ حسن النية، ومن خلال قانون البريتوري يتضح أن القضاء لعب دورا بالغ الأهمية في نمو القانون الروماني وتطوره ، وقد بدأ أثره يظهر عندما تولي البريتور شؤون القضاء، فلم يقتصر دوره على تطبيق القانون وإنما كان يصوغه ويضعه، وكان من نتيجة ذلك أن نشأ القانون البريتوري وجمع تجميعا رسميا، وكان هذا القانون من صنع القضاء[٣].

المطلب الثاني

مبدأ حسن النية في القوانين الحديثة

يعتبر القانون الروماني مصدرًا تاريخيًا لمعظم قوانين الدول الحديثة ومنها القانون المدني الانجليزي والفرنسي، وهذا الأخير كان يلعب دور الوسيط بين القانون الروماني وقوانين الدول الحديثة[٤]. ولكن ما جعل القانون الروماني موضع احترام بين الشعوب إلى وقتنا الحاضر ليس فقط المرونة التي يتصف بها، بل لأنه يلاءم باستمرار مقتضيات الحياة

---

1 – د.عكاشة عبد العال– طارق المجذوب، مرجع سابق، ص ٥١٨-٥٢٢

2 – د.الملا صالح–عبد الجبار ناجي، مرجع سابق، ص ١٢-١٣

3 – د.عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ١٨٣

4 – د.علي جعفر، مرجع سابق، ١٩٨٢، ص ١٦

الاجتماعية المتطورة، من خلال تلافي أي قصور في القانون والنظرة إلى الفرد وإلى المجتمع نظرة عقلية تهدف إلى إسعاد الفرد من خلال المجتمع [١].

لذا فإننا سنبحث عن مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي والانجليزي، اللذين تأثرا بشكل واضح بالقانون الروماني، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان النظام القضائي يلعب دورا مهما في تطور النظم القانونية، وقد كان لاختلاف النظام القضائي لكلا القانونين اختلافا في تطبيق وتطور هذا المبدأ فقد اتبع القانون الانجليزي نظام السابقة القضائية (النظام الانجلوسكسوني) الذي يؤثر في تطور تطبيق هذا المبدأ . وقد اخذ القانون الفرنسي بنظام تطبيق النصوص القانونية(النظام اللاتيني).

ولتوضيح ما سبق، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: دور القضاء الانجليزي في اعتماد مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي

الفرع الثاني: دور القضاء الفرنسي في الأخذ بمبدأ حسن النية في القانون الفرنسي

الفرع الأول

دور القضاء الانجليزي في اعتماد مبدأ حسن النية في القانون الانجليزي

القانون الانجليزي في أساسه قانون قضائي، تكّون من مجموعة الأحكام التي أصدرتها المحاكم الانجليزية، فالقاعدة التي اخذ بها القاضي في حكمه تعتبر وفقا لنظام السابقة القضائية قاعدة قانونية يتعين عليه احترامها وتطبيقها في المنازعات المماثلة التي ترفع إليه[٢]. ومن هنا يتبين لنا أن القاضي في النظام الانجليزي يخلق القانون ويضعه، وبالتالي يكون القضاء

---

[1] – إبراهيم احمد الذيابات، مرجع سابق، ص١٠

[2] – د.عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ١٨٤

مصدرا رسميا للقانون يأتي بعد التشريع مباشرة. وتعتبر القواعد القانونية المستخرجة من الأحكام القضائية بمثابة القواعد القانونية الواردة في النصوص التشريعية، وهي واجبة التطبيق ولا يجوز مخالفتها أو الامتناع عن تطبيقها في القضايا المماثلة، ومن ثم يتعين على القاضي إذا ما افتقد الحل في نصوص التشريع أن يرجع إلى القضايا السابقة للبحث عما إذا كان هناك حكم سابق أصدرته المحاكم، ويتعين عليه إتباع قراراتها[١]. وكما أثمرت مبادئ العدالة في القانون الروماني بأن تخلص الرومان من الشكلية والمراسيم في إجراء التصرفات القانونية، وحل محلها وجوب توافر الرضا وحسن النية في التعاقد، فقد تركت مبادئ العدالة أثرها في القانون الإنجليزي بوصفها مبادئ تهدف إلى إعطاء كل ذي حق حقه، ولتحكم العلاقات بين أفراد المجتمع، وتحقق المساواة والقضاء على الغش والخداع وتعويض الأفراد عما يلحقهم من ضرر من جراء تصرفات الغير، فرغم استقلال القانون الإنجليزي في مقوماته ومنابعه الأصلية، فقد تأثر بالقانون الروماني مباشرة. وبالوساطة منذ القرون الوسطى. و قد لاحظ بعض الفقه القانوني الانجليزي مشابهة عجيبة بين عدد غير قليل من مبادئ العدالة الإنجليزية ومثيلاتها في القانون الروماني. وقد أسهم قانون العدالة في إنجلترا في التلطيف من حدة قواعد القانون العادي ومواجهة النقص والقصور فيها، وعيوب المحاكم العادية التي لم ترتب على تخلف السبب أو تعيب إرادة أحد المتعاقدين بالغش أو التدليس أي أثر. فإذا ما أفرغ الالتزام في الشكل الذي حدده القانون فإنه يكون ملزمًا بصرف النظر عما إذا كانت إرادة أحد المتعاقدين معيبة أو مغلوطة أو لم يكن هناك سبب[٢]. فقد أدى توحيد جهة القضاء في إنجلترا وحصره في المحاكم العادية ، إلى توحد القانون الواجب التطبيق الذي سمي بالقانون العادي وسميت المحاكم بمحاكم القانون العادي. وكانت مصادر هذا القانون تتمثل ببعض العادات العرفية وبعض القوانين والقرارات التي يصدرها الملك والسوابق القضائية. لكن القانون العادي أصيب بنوع من الجمود في القرن الرابع عشر، فالمحاكم العادية حصرت نفسها في دائرة السوابق القضائية دون أن تعمل على تجاوزها ، حتى لو ظهرت مجافية لمبادئ العدالة. ومع هذا لم يتدخل المشرع الإنجليزي إلا نادرًا لإصلاح هذا الوضع وكان ذلك خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر[٣]. ونتيجة لذلك ظهر ما يعرف بمحكمة المستشار أو محكمة ضمير الملك التي كان يتظلم إليها، إذ إن قرار المحاكم العادية لم يكن نهائيًا، وقد عملت محكمة

---

[1] – د.عوض الزعبي، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ٢٠٠١،ص٢٣٦-٢٣٧

[2] – د.عكاشة عبد العال– طارق المجذوب، مرجع سابق، ص ٦٨٨

[3] – د.علي جعفر، مرجع سابق، ص١٤٨-١٤٩

المستشار على توسيع اختصاصاتها على حساب المحاكم العادية و التخفيف من صلابة و قسوة القانون العام بالحكم على أساس فضائل الأخلاق و العدالة[١]. ومع الوقت تكونت مجموعة من المبادئ القانونية سميت بقانون العدالة، وترجع هذه التسمية إلى أن محكمة المستشار اعتمدت على العدالة في إصدار أحكامها. وترتب على الأخذ بمبادئ العدالة في القانون الإنجليزي اختصار الإجراءات الطويلة التي كانت تتبع أمام المحاكم العادية . كإجراءات إجبار المدين على الوفاء بدينه، بينما كانت محكمة المستشار تدعوه إلى الحضور وإلا عد مرتكبًا لجريمة ازدراء المحكمة، وتجبره على الوفاء بالدين، وألزمت هذه المحكمة بعدم اللجوء إلى المحاكم العادية لعدم عدالتها [٢]. وهذه المحاكم التي تطبق مبادئ العدالة كانت تسمى محاكم العدالة، وهي ملزمة في أن تكون أحكامها موافقة ومطابقة للمبادئ الثابتة والجامدة للقانون العام ، فدورها يلطف من صلابة وجمود قواعد القانون العام[٣].

و كان من آثار تطبيق مبادئ العدالة في القانون الإنجليزي لمواجهة القصور في قواعد القانون العادي، أن ظهرت مبادئ قانونية جديدة ارتكزت على العدالة، كعدم الاعتراف بالآثار القانونية لبعض الالتزامات إذا تخلف سببها، أو رأت المحكمة أن إرادة أحد الأطراف في التعاقد يشوبها التدليس أو الغش، وضرورة أن تكون الإرادة خالية من العيوب[٤]. فقد اعتدت محكمة المستشار بعيوب الإرادة وما يكون قد لحق بها من غش أو إكراه، رغم توافر الصيغة الرسمية على خلاف الحال في القانون العادي. وانتهى الأمر بتوحيد جهة القضاء والقانون، فنظمت المحاكم العادية ومحاكم العدالة على أساس واحد، بتطبيق القانون العادي وقانون العدالة مع إعطاء الأفضلية لهذا الأخير في حال الاختلاف[٥]. مع ضرورة الإشارة إلى أنه في عام ١٨٧٣ صدر قانون التقاضي، الذي دمج المحاكم في محكمة واحده سميت محكمة العدل العليا[٦]. وقد عكس القضاء الإنجليزي المضمون الجوهري لهذا المبدأ ، لأن القانون الإنجليزي يتجنب البحث في النية، فهو لم يأخذ بمبدأ حسن النية صراحة إلا في العقود القائمة على الثقة كعقد

---

[1] – د.زيد عقايلة، المصطلحات القانونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، الأردن، ٢٠٠٧، ص٣٢

[2] – د.علي جعفر، مرجع سابق، ص ١٥٠-١٥١

[3] – د.محمد يحي المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، رسالة دكتوراة منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ١٩٨٦، ص٧٦

[4] – د.محمود المغربي، مرجع سابق، ص ٢٦٠

[5] –د.علي جعفر، مرجع سابق، ص١٥٢

[6] – د. زيد عقايلة، مرجع سابق، ص ٣٤

التامين حيث استلزم فيها أعلى درجات حسن النية . أما بالنسبة لبقية العقود الرضائية فان الأخذ به كان ضمنيا على اعتبار أن حسن النية واجب مفترض، و هو شرط ضمني في كل عقد حتى انه لا يحتاج للنص عليه، بالرغم من عدم وضوح و عدم حسم القانون الإنجليزي لموقفه من مبدأ حسن النية صراحة، ولكن القضاء الانجليزي عكس ذلك من خلال اعتماده لمبدأ حسن النية في أحكامه و استلزامه الأمانة و الضمير و اليد النظيفة و النزاهة و العقلانية و رفض الصفقات غير الأخلاقية و حماية الثقة، و بحثه للباعث البعيد غير المباشر ورفضه للغش و الخداع، واعتماده لمعيار التوقعات المعقولة للناس الشرفاء، و ضرورة التمسك بأخلاقيات العقد. حيث إن هذه الأفكار و المعايير ما هي إلا من مقتضيات مبدأ حسن النية، و تعكس مضمونه نفسه في القوانين اللاتينية. و لضمان حسن التنفيذ فقد اعتبر التزام المتعاقد بحسن النية من النظام العام و تبنته بنصوص آمره ، فكانت النصوص التي تناولت مبدأ حسن النية من النظام العام ، لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها أو استبعاد تطبيقها بالاتفاق على ما يخالفها(١). وكان لهذا أثره الإيجابي في الأخذ بمبدأ حسن النية بالرغم من فكرة الاعتبار التي يتميز بها القانون الإنجليزي والتي تحل محل فكرة السبب في التشريعات اللاتينية(٢). وتعتبر فكرة ذات مظهر مادي بصفة أساسية(٣)، فالسبب واحد لا يتغير، لهذا يوصف بأنه اعتبار موضوعي داخل في العقد غير متغير، فلا يبحث في سبب الالتزام إلا داخل العناصر المادية للعقد(٤). وهذا يعني عدم الاعتداد بالمقاصد والنيات الدافعة إلى التصرفات ، على أساس أنها أمور خارجة عن التصرف يبحث عنها في الإرادة فقط ، بينما تتطلب فكرة الاعتبار في العقود البحث عن هذه الأمور في محتوى التصرف القانوني ذاته، وليس للقاضي أن يبحث في نوايا المتعاقدين للكشف عن مدى اتفاق التصرف مع ما تستوجبه اعتبارات النظام العام والآداب، حتى لو كان التصرف قائمًا على اعتبار غير مشروع. وعلى الرغم من أن القانون الإنجليزي لا يعتد بالنوايا والمقاصد الدافعة إلى التصرف إذ ليس للقاضي البحث في النوايا كأصل عام ، فقد أظهر القضاء الإنجليزي مرونة وقضى ببطلان الاتفاقات المخالفة للنظام العام والآداب العامة استنادًا إلى عدم مشروعية المحل، فقضى مثلا ببطلان الاتفاق الذي يقضي بجلب امرأة

---

1 – د.يحي احمد بني طه، مرجع سابق، ص ٢

2 – د.زيد عقايلة، مرجع سابق، ص ٣٤

3 – د.محمد مصباح القاضي، مرجع سابق، ص ١٥

4 – د.فتحي عبد الله. العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والإنجليزي المقارن. مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية،رالمنصورة، مصر، ١٩٧٨، ص ٣٧٣

إلى علاقة غير مشروعة، أو الاتفاق على ارتكاب جريمة من اجل مبلغ من المال أو إطالة أمد التقاضي، مما يدل على وجود مبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي . كما ترددت في الأحكام القضائية الإنجليزية كلمة الضمير والثقة والعقل والحق ومنع الغش وإخضاع تنفيذ الالتزامات لهذه المعاني والمقاصد، وهذه جميعها من مظاهر مبدأ حسن النية[(١)]. فهناك واجب على المتعاقدين وهو الالتزام بمبدأ حسن النية في العقد، وكما قضى بذلك مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهم بثقة وشرف، يستعيض القضاء الإنجليزي عن استخدام مصطلح حسن النية بإيجاد حلول للقضايا من خلال إبقاء التعادل بين المتعاقدين، ورفض الصفقات غير الأخلاقية أو المخالفة للضمير، خاصة إذا كان أحد الأطراف ضعيفا أو غير محترف. ومع هذا فان القانون الإنجليزي استلزم في عقود أخرى كعقد التأمين التزام المتعاقدين بأعلى درجات حسن النية صراحة، كما إنه في الآونة الأخيرة ظهرت فائدة مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية. فهناك اعتراف بأن هذا المبدأ ليس غريبًا عن القانون الإنجليزي، وهناك من يعبر عنه بالتوقعات المعقولة للناس الشرفاء، وأن هذا المبدأ شرط ضمني في كل عقد .وقد بدأ بتطبيق هذا ا لمبدأ بشكل صريح بسبب اعتماد بريطانيا لأنظمة الاتحاد الأوروبي، التي تنص على مبدأ حسن النية صراحة، كما قد اعتمد مبدأ حسن النية كمبدأ عام في القانون التجاري الإنجليزي صراحة.

الفرع الثاني

دور القضاء الفرنسي في الأخذ بمبدأ حسن النية في القانون الفرنسي

وفي البداية لابد أن نشير إلى تأثير القانون الكنسي في العقود، ويقصد بالقانون الكنسي القانون الديني الذي أخذت به الكنيسة الغربية في العصور الوسطى، حيث صارت الكنيسة قوة عالمية تجاوزت حدودها كافة الحدود السياسية، وتمتعت بكل ما للدولة من مقومات تشريعية وتنفيذية وقضائية، حيث ربطت الأعمال بالنيات، و توجب على المتعاقد أن تتفق نواياه مع أحكام الدين، وكان لهذا التوجه أثره في القانون بصفة عامة، وعلى فكرة الإرادة ودورها في التصرفات بصفة خاصة، حيث اعتبر الإخلال بالتزام عقدي إخلالا بالتزام ديني. وقد ازدهرت الرضائية في ظل القانون الكنسي، إلا أنها كانت رضائية قائمة على أساس الدين والأخلاق،

---

1 – د.عبد الحليم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤،ص٢٩

حيث أن التزام الفرد بتعهده يرجع إلى حلف قسم في أثناء تعهده، إذ لم يكن التعهد كافيًا لترتيب آثار قانونية إلا إذا اقترن بقسم[١].

فالكنيسة وإن كانت قد جردت العقد من الشكلية وجعلت الإرادة شرطًا في إبرام العقد ونشوء الالتزام، فإن مصدر الإرادة عندها لم يكن إرادة المتعاقد بل إرادة الله، ومنها يستمد العقد قوته الملزمة. ولما ظهر المبدأ الإنساني في عصر النهضة ظهر مبدأ سلطان الإرادة واستقلال إرادة الإنسان وأنه يستمد القوة منها في كل ما يلتزم به[٢]. فأصبحت المبادئ القانونية تقوم على العدالة و حسن النية و احترام الإرادة في التصرفات القانونية[٣].

وبعد أن أصبح للإرادة دور جوهري في العقد، أرسيت فكرة البواعث والنيات في التصرفات القانونية، في سبيل محاربة الغش والغايات غير المشروعة ، فظهر مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية[٤]. وفي القرن السابع عشر تجسد هذا المبدأ ، وتأسست القاعدة الفقهية التي تقول : أن تلاقي الإرادتين كاف لإبرام العقد ، ثم تعممت القاعدة، أي أن الالتزام ينشأ بمجرد التراضي. وحين قامت الثورة الفرنسية عام (١٧٨٩) تلقت هذه القاعدة كأساس من أسس الحرية، ثم أخذت مكانها في تشريع نابليون الذي نص على " أن الاتفاقات التي تتم وفق القانون تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها ". وقد اقتبست القوانين العربية هذه القاعدة وأثبتتها في قوانينها، على أن استقلال الإرادة لا يعني أنها طليقة دون قيد ، فالإرادة مقيدة بقيد هام هو المصلحة العامة وهو ما يعبر عنه بالنظام العام والآداب الحسنة[٥].

ويرجح فقهاء القانون أن القانون الفرنسي الجديد تأثر بالقانون الكنسي الذي أوجب الوفاء بالتعهدات، والتعادل في الالتزامات وحرم الغبن والغش والغرر، وأجاز تعديل الالتزام بسبب تغير الظروف، ووجوب أن يكون الباعث على التصرفات مشروعًا فلا يجوز أن تتجه إرادة الأطراف إلى تحقيق أغراض دنيئة، وهذه المبادئ جميعها يحتويها مبدأ حسن النية في تكوين العقود وتنفيذها. و هذا عين ما تضمنه القانون الفرنسي الجديد فقد نصت المادة (١١٣٤)

[1] – د.عبد الحليم القوني، مرجع السابق، ص ٢١

[2] – د.عبد السلام الترمانيني، مرجع السابق، ص١٩٠-١٩١

[3] – نداوي. تاريخ القانون. وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، كلية القانون، بغداد، العراق، ١٩٨٩،ص ١٠٦

[4] – د.عبد الحليم القوني، المرجع السابق، ص ٢٤

[5] – د.عبد السلام الترمانيني، مرجع السابق ، ص١٩٠-١٩١

من القانون الفرنسي على انه يجب أن يتم تنفيذ العقد بحسن نية [١]،إلا انه لم يعرف حسن النية، غير أن القاموس القانوني للمصطلحات القانونية للقانون الفرنسي المعتمد ذكر عدة تعريفات لحسن النية وحسب التعريف الثاني" فإن حسن النية يتمثل في تصرف أخلاقي يؤثر في تنفيذ الالتزامات من ناحية التصرف بشكل إجمالي وبشكل صادق"[٢].

واستنادا إلى المادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي، فإن حسن النية مرتبط بقاعدة آمره، ذلك أن الاتفاقيات يجب تنفيذها من الأطراف بحسن نية ولكن لم يذكر المعيار الذي يجب تطبيقه في هذا الحال [٣]. ويرى بعض الفقه القانوني [٤] أن حسن النية يعني تنفيذ العقد بصور نزيهة، وهذا يستدعي تحديد المعنى المقصود بالنزاهة، هناك الكثير من المواد في القانون المدني الفرنسي التي تتحدث عن حسن النية بمعيارها الذاتي الشخصي، وهناك من يرى [٥] أن المقصود هو النية المشتركة للطرفين،

بينما يرى بعض الفقه [٦]إلى أنها تشير إلى معيار أخر وهو النظام العام أو الأخلاق العامة أو مجرد العدالة فقط ، ويرى أن المادة (١١٣٤) تحتوي على التزام احتياطي يقع على الطرفين وهو التصرف النزيه عندما لا ينص العقد أو القانون على التزاماتهما بهذا الخصوص، إن التساؤل يبقى حول معيار التصرف النزيه، وان الأخذ بالمعيار الموضوعي لحسن النية يعني أن النزاهة الشخصية ستفقد جزءا كبيرا من قيمتها واعتبارها أمام القضاء. ولقد كان القانون الفرنسي يعتمد على معيار موضوعي أو قواعد جامدة يقاس بها تصرف المتعاقد، وقد كان لهذه القواعد اثر سلبي في تطور القانون الفرنسي، ولكن القضاء الفرنسي هدم هذه القواعد واستبدل المعيار الموضوعي بمعيار ذاتي يطبق على كل حاله على حده، وقد

---

[1] – يزيد أنيس نصير، مرحلة ما قبل إبرام العقد، الجزء الثاني،عقد التفاوض بحسن نية، بحث منشور، كلية الدراسات القانونية، جامعة آل البيت، المفرق، عمان،٢٠٠٠،ص١٥

[2] – د.بشار ملكاوي، تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية، رسالة دكتوراة، جامعة Reims–فرنسا ٢٠٠١، دار وائل،عمان–الأردن،٢٠٠٢،ص٢٧٥

[3] – د.بشار ملكاوي، المرجع السابق، ص٢٧٦

[4] – مصطفي حسن السعدني، مدى ارتباط الشفافية والافصاح بالتقارير المالية وحوكمة الشركات، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي حول " مهنة المحاسبة والمراجعة والتحديات المعاصر " المنعقد في دولة الامارات خلال الفترة من ٤–٢٠٠٧/١٢/٥.

[5] – يزيد انيس نصير،عقد التفاوض بحسن نية، مرجع سابق، ص١٥

[6] – يزيد انيس نصير،عقد التفاوض بحسن نية، مرجع سابق، ص١٥

جاراه الفقه الفرنسي في ذلك، والمعيار الذاتي ما هو في الواقع إلا نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة، فما دامت إرادة العاقد هي التي تنشي الرابطة القانونية فيجب الأخذ بهذه الإرادة في حقيقتها وعلى وجهها الصحيح لا معيبة بما تأثرت به من غلط أو غير ذلك من العيوب.وقد اثر القضاء الفرنسي بشكل مباشر في المشرع الفرنسي حيث جعله لا يتردد في الأخذ بالموضوعات الحديثة وتضمينها في مجموعة من النصوص القانونية المنظمة للعقود الخاصة و التي خصها رجال القانون الوضعي بأهمية خاصة، متأثرين في ذلك بالقضاء الفرنسي كالالتزام بالتبصير أو بالإدلاء بالمعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد، حيث تعتبر هذه الالتزامات متفرعة من مبدأ حسن النية[1].

[1] – أنظر، عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية ومقارنة في الشريعة الإسلامية والشرائع الأوربية وتطبيقات النظرية في تقنينات البلاد العربية، دار الفكر، ١٩٧١، ص. ٢٦-٢٩ .

المبحث الثاني

مبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية

عرضنا في المطلب السابق دور القاضي في ترسيخ مبدأ حسن النية في القانون الروماني نتيجة التطور الذي شهده القانون الروماني، وتبين لنا أن القانون الروماني نص على مظاهر هذا المبدأ كتحريم الغش والتعسف في استعمال الحق وغيرها من المظاهر، وفي هذا المبحث سنوضح موقف الشريعة الإسلامية من هذا المبدأ وأهمية دور القاضي في إعماله.

كانت العقود قبل ظهور الإسلام في الجزيرة العربية تستلزم استخدام عبارات أو حركات معينة. فيكون العقد ملزمًا إذا استوفى الشكل المطلوب دون أي اعتبار للغش أو الاحتيال أو عيوب الإرادة، كما كان الحال في العصور الأولى للقانون الروماني، إذ لم يكن هناك أي التزام بمبدأ حسن النية لا في إبرام العقد ولا في تنفيذه. فقد كان العرب في الجزيرة العربية كغيرهم من الشعوب لا تربطهم عقيدة محددة و لم تكن لهم حضارة تقوم على أسس يعرفونها، ولا على علوم معروفة في كتب يدرسونها، فانعكست حالتهم الاجتماعية على حياتهم القانونية ، فلم تكن لهم نظم قانونية قائمة على شريعة متجانسة بل على خليط من عناصر متنافرة. فكان التشريع لديهم فطريًا يرجع إلى عادات وتقاليد عربية تختلف باختلاف القبائل وباختلاف الأماكن والبيئات، فالمجتمع آنذاك في فوضى في مختلف النواحي، لا ضوابط ولا قوانين يرجع إليها للفصل في الخصومات وصيانة الحقوق و لا نصوص تسري على الناس كافة أو جلهم[١].

أما القضاء في العصر الجاهلي فقد اقتصر على التحكيم الذي اعتبر بدوره غير ملزم، وكان الناس يحتكمون في العادة إلى رئيس القبيلة أو شخص من ذوي الشأن والمروءة [٢].

لم يكن لدى العرب نظام شامل للمعاملات بل كان الأمر يقتصر على بعض أنواع البيوع التي كانت منتشرة، واغلبها يتم بطريق المقايضة أي تبادل سلعة بسلعة أخرى، ولكن

---

1 – د.محمود المغربي، الوجيز، مرجع سابق، ص٢٨١–٢٨٢

2 – د.جعفر، تاريخ القانون والشرائع، مرجع سابق، ص١٦٤

على اثر ازدياد المعاملات واختلاط العرب بغيرهم من الشعوب اخذوا يتعاملون باستعمال النقود والذهب والفضة [١].

وعندما جاء الإسلام هذب المعاملات وجعل القضاء ملزمًا، وفرض المساواة ونظم الطلاق ووضع قواعد الميراث وغيرها من النظم القانونية[٢]. لقد تغير الوضع بظهور الشريعة الإسلامية تغيرًا جذريًا وتبدلت الحياة أولا في الجزيرة العربية ثم بالانتشار خارجها، مما كان له تأثير مباشر في حياة العرب القانونية والعائلية فوضعت أسس جديدة للعلاقات القانونية، تحدها المصلحة العامة مع الحفاظ على حقوق الأفراد [٣].

ولما كانت الشريعة الإسلامية موضوعة لصالح العباد فقد تطلبت من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقا لقصد التشريع ، وهذا يعني أن تكون نية المرء صالحة وأن يكون قصده من استعمال حقوقه مشروعًا يتفق والصالح العام بأوسع معانيه ، وأن يؤدي التزاماته دون غش أو إهمال. وكان من مظاهر الحرص على صيانة العدل والتوازن بين مركزي المتعاقدين على الدوام تحريم الربا والغبن في العقود[٤].

ولقد جاءت الشريعة الإسلامية كاملة تصلح لكل مكان وزمان، فقد نظمت الشريعة الإسلامية حياة المسلم ووضعت قواعد تحكم كل المعاملات المالية وغير المالية، ومن بين هذه القواعد والمبادئ مبدأ حسن النية. ذلك أن الشريعة الإسلامية شريعة أخلاقية تقوم على الأخلاق والأمانة والثقة والنزاهة وحسن النية وعدم المساس بحقوق الآخرين، وعدم الإضرار بهم متعاقدين كانوا أم أغيارا. فلا تنفصل فيها الأخلاق عن الالتزام في المعاملات، والإخلال بالوفاء بالعقد إخلال بالتزام ديني قبل أن يكون إخلالا بالتزام قانوني .ففي جميع العقود تعتد الشريعة الإسلامية بالإرادة كأساس للالتزام وفي إبرام العقود وتنفيذها، فتوجب على المتعاقد تنفيذ العقد بحسن نية وبأمانه واستقامة دون غش أو تعسف وببواعث حسنة.

---

1 – د.محمود مغربي، مرجع سابق،ص٢٨٤

2 – د.علي جعفر ، مرجع سابق، ص١٦٥

3 – د. محمود مغربي، مرجع سابق، ص٢٨٥

4 – د. ملا صالح– د. عبد الجبار ناجي، مرجع سابق،ص ١٨

فالنية في الإسلام شرط لصحة العمل أي النية الصالحة، بل أن العمل مداره النية من حيث الثواب والعقاب ، ومن حيث الصحة والفساد ، ومن حيث الخصوص والعموم ، ومن حيث الإطلاق والتقييد ، وهذا ما دلت عليه النصوص الكثيرة من الكتاب والسنة [١].

ومن مظاهر وجوب الالتزام بمبدأ حسن النية في الشريعة الإسلامية، إقرار الشريعة الإسلامية النهي عن كل بيع فيه غرر، والحكمة من ذلك دفع ما فيه من مفاسد ومضار بالفرد والجماعة، إذ أن فيه أكلا لأموال الناس بالباطل وإخلالا بالتوازن في المعاوضات، وبسببه تقع العداوة والبغضاء بين الناس، فقد وردت النصوص الشرعية من الكتاب والسنة بالنهي عنه بأساليب متعددة، ومن النصوص الواردة في النهي عن الغرر إجمالا، قوله تعالي" **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال لناس بالإثم وانتم تعلمون**"[٢].

ومن الأدلة على وجوب الالتزام بمبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقد قولة تعالى " **يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود**"[٣] حيث إن مقصود الشارع بالوفاء بالعقود الوفاء بكل الالتزامات التي يرتبها العقد، والابتعاد عن الغش والخداع وعدم الانتقاص من حقوق المتعاقدين حفاظًا على التوازن العقدي . فالمتعاقد الذي يلجأ إلى الطرق غير المشروعة من غش وانتقاص لحقوق العباد ، يكون قد اخل بالتزامه ولم يمتثل لأمر الله. فالأمر بالوفاء بالعقود هو أمر بالتزام حسن النية في تنفيذ العقد كالتزام أخلاقي وقانوني ، ذلك أن عدم الوفاء بالالتزام عمدًا أو إهمالا من سوء النية وهو أمر منهي عنه

و قولة تعالى" إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغي"[٤]. في هذه الآية يأمر الله سبحانه بالعدل والإحسان في جميع الأعمال سواء أكانت أعمالا للقلوب كالمقاصد والنيات ، أم أعمالا للجوارح كالأفعال الدالة على ما في النفس . فالعدل والإحسان مأمور بهما في جميع الأعمال الباطنة والظاهرة في العبادات والمعاملات في الأخلاق والسلوك .وليس من ريب في أن الذي يغش ويخون في معاملاته لا يكون عادلا ومحسنًا فيها، و إنما هو شخص ساءت نيته وعلانيته وفسد قصده وسلوكه ، لأنه حاد عن جادة

---

[1] – د.محمد مصباح القاضي. مرجع سابق، ص ٢

[2] – الآية (١٨٨)من سورة البقرة.

[3] – الآية (١) من سورة المائدة

[4] – الآية (٩٠) من سورة النمل

حسن النية إذا حاول إحسان الظاهر دون الباطن فزين الشكل وقبح الجوهر، ولكن ثبت في الشرع أن ذلك لا يفيده لأن الأعمال بالنيات .فهذه الآية تأمر بحسن النية وتنهى عن سوء النية، ذلك أن حسن النية ليس عملاً قلبيًا فحسب و إنما سلوك يتفق وأحكام الشريعة وعرف المجتمع وأخلاقياته[١].

إن هذه الأدلة في مجموعها تفيد القطع بثبوت حسن النية وأخذ الشريعة الإسلامية به فمن هذه الأحاديث والآيات يستدل بوضوح على حرمة الغش والتدليس والخداع في المعاملات، كما أنها توجب على المتعاقد ضرورة الالتزام بالصراحة والصدق، و الإخبار عن أية معلومات يحتاجها المتعاقد الآخر، فالعبرة في التصرفات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. ولما كانت هذه المعاني جميعها هي التي يدور حولها حسن النية ويهدف إليها فكانت هذه الأخبار من الأسس والأصول التي يقوم عليها حسن النية في التصرفات والعقود في جميع مراحلها، فإذا أحسنت النية صح التصرف وإذا ساءت فسد [٢]. فالنية في الإسلام مهمة للغاية، فعليها يثاب المؤمن وعليها يعاقب، و بها تقبل الأعمال و بها ترد. فالنية إذاً عليها مدار العمل، و لا يتقبل الله من الإنسان أي عمل بدون نية ، لذلك كانت النية في الإسلام شرطا لا يقبل الله العمل إلا بها[٣].

كما أن اشتراط الشارع أن يكون المدين حسن النية حتى يستفيد من نظرة الميسرة، يدلل بشكل واضح على وجوب الالتزام بحسن النية في تنفيذ العقد ، **قال تعالى" وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة"**[٤]. في هذه الآية يظهر بوضوح عمق الجانب الأخلاقي في التعامل مع المعسر، وهو الذي ضاق به الحال من جهة عدم المال في عدم التعسف في استعمال الحق معه، وما هذا إلا أمر بالتزام حسن النية، إذ أن تقيد الدائن بمبدأ حسن النية يستوجب منه أن لا يتعسف في المطالبة بحقه. إذ أراد المشرع من الدائن الصبر على المدين المعسر وإمهاله للوفاء بدينه . وذهبت الآية الكريمة إلى أن إبراء المدين المعسر أحسن عند الله ، وهذا لا يكون إلا إذا كان الدائن حسن النية. وتدل الآية من جهة أخرى على وجوب أن يكون المدين المعسر حسن النية حتى يستفيد من نظرة الميسرة ،لا يقصد المماطلة ولا الامتناع عن الوفاء .أما المدين

---

1 – د .عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص١٢٨

2 – ملا صالح،عبد الجبار ناجي، مرجع سابق ،ص ١٧

3 – عبد الله العبادي، من الآداب والأخلاق الإسلامية، منشورات المكتبة العصرية، بيروت ،لبنان،١٩٨٣،ص٣٨

4 – الآية (٢٨٠) من سورة البقرة

الموسر المماطل فهو مدين سيئ النية لا يستفيد من هذه الميزة ويجبر على الوفاء جزاء سوء نيته[١].

امتازت الشريعة الإسلامية عن التشريع الوضعي أنها تتضمن حث الإنسان على الشعور بالمسؤولية بما يتفق و قدرات الإنسان ، و التمسك بحد أدنى من المثل و القيم كالعدل و الاحترام و التعاون و الرحمة[٢]. و تهيمن على التعامل فيها مقاصد سامية مرعية تجعل التعامل أكثر ثباتًا وأكثر استقرارًا. إذ توجب تلك المقاصد أن يراقب المتعاملون فيما بينهم أعلى مثل العدل والإحسان والتضامن في بلوغ المصلحة الشرعية المقصودة من التعامل، فيوفر ذلك جوًا من الثقة وحسن النية، وذلك من ألزم الأمور للاستقرار والطمأنينة والثبات. وليس من شك أن هيمنة حسن النية تنفي أسباب القلق الناشئة عن الغش والخديعة وسوء الطوية، إذ أن تطلب حسن النية مرتبط بالعقيدة والإيمان فليس الإيمان نية فحسب ، ولكنه قول وفعل يزيد بالعمل وينقص بالمعاصي.

فعلى المسلم أن يتحرى الإحسان في معاملاته وان يتوخى ما توجبه الشريعة من الرفق بمدينه وحسن الاقتضاء منه ، واجتناب خديعته والإخلاص له في تعامله أو في القضاء إليه، وتلك مثل سامية تبث الثقة وتدعم الاستقرار في التعامل. ولقد كان من أثر هيمنة حسن النية على التعامل في الإسلام ، انه حرم أنواعًا من الخداع لا تعتبر تدليسًا ولا غشًا كتحريم السوم على السوم وتحريم النجش و الغش والخداع والاحتكار و كل ما يحدث اضطرابًا في الأسواق على وجه العموم[٣]. **فعن أبي هريرة أن رسول الله مر على طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بلال . فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ؟ قال أصابته السماء يا رسول الله قال :أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ، من غش فليس منا".** رواه البخاري ومسلم. وفي رواية أخرى عند مسلم:(من غشنا فليس منا) [٤].

---

[1] – د .عبد الحليم قوني، مرجع سابق، ص١١٩

[2] – د.محمود السرطاوي، نظام الإسلام، الطبعة الأولى، المركز العربي للخدمات ،عمان ،الأردن،٢٠٠١،ص٩

[3] –د.السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية. رسالة دكتوراه منشورة. جامعة القاهرة . مصر – ١٩٨٩، ص٦

[4] – د.حسام الدين بن موسى عفانه، فقه التاجر المسلم وآدابه، ط١، (د.ن)، ٢٠٠٥، ص١٩٠.

وقوله: إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى[١]. فالشارع عندما أوجب النية في الأعمال والإخلاص لله فيها و اعتبرها روح العمل و قوامه و لبه و ربط بينها و بين صحة العمل و فساده[٢]. فقد علم ما فيها من فوائد، تعود على الفرد و المجتمع. فحسن النية و الإخلاص في العمل يحض على فعل الخير و إتقانه و الإخلاص فيه، و يحارب الشر و فعله[٣].
و بهذا المعنى هناك من عرف حسن النية على أنه تصوير لتلك النوايا المتئدة الخالية من الصرامة والعنف، وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف، كل أولئك فيما يتوخاه المتعاقد مما يهدف إليه من تنفيذه عقده[٤].

---

[1] – رواه البخاري في صحيحه ج١ ص٢.

[2] – د.يوسف القرضاوي، النية والإخلاص، الطبعة الأولى،دار الفرقان، عمان ، الأردن ،١٩٩٦،ص٢٨

[3] – د.عبد الله العبادي، مرجع سابق،ص ٤٠

[4] – د.حسين عامر ، القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصر ، القاهرة ، مصر ١٩٤٩، ص٣٨

الفصل الأول

تطبيق القاضي لمبدأ حسن النية كقاعدة قانونية

بالرجوع إلى المادة الثانية من القانون المدني الأردني نجد أن الفقرة الأولى منها تنص على أنه "تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص". و الواضح من هذا النص أن مهمة القاضي تتمثل بتطبيق النصوص القانونية، ثم حدد المشرع المصادر التي يستقي منها القاضي حكمة في حالة عدم وجود نص يحكم المسألة التي أمامه في المادة ذاتها[1].و بما أن مبدأ حسن النية قاعدة قانونية نصت عليها المادة (١/٢٠٢) من القانون المدني الأردني، فهذا يعني أن القاضي ملزم بتطبيقها، ويجب في هذا الصدد أن نوضح بإيجاز خصائص القواعد القانونية ثم نربطها بمتطلب حسن النية الذي نص علية المشرع.

فالقواعد القانونية تتميز بمجموعه من الخصائص، تتمثل في أنها قاعدة عامه ومجردة، بمعنى أن القاعدة القانونية تنشأ مجردة لا تتعلق بشخص معين بذاته ولا بواقعة بعينها[٢]. هذا التجريد يهيئ لها عموم التطبيق و فكرة العمومية تعني أن حكمها ينطبق على كل الأشخاص وعلى كل الوقائع، وهكذا يتضح أن فكرة التجريد تؤدي إلى عموم تطبيق القواعد القانونية على كل الأشخاص وعلى كل الوقائع التي تتوافر فيهم الصفات أو الشروط التي تحددها هذه القواعد[٣].

وبما أن قاعدة حسن النية هي قاعدة قانونية فهي تتصف بالعمومية والتجريد، ومما يؤكد ذلك أن المادة (١٥٦) من القانون المدني الأردني، نصت على عدم السماح للطرف الأخر الذي وقع في غلط، بالتمسك بغلطه على نحو يتعارض مع مقتضى حسن النية، ناهيك عن أن المادة (٢٠٢) قد أكدت أن العقد يجب تنفيذه بما يتماشي مع مبدأ حسن النية أيضا.

لقد اتصف النص في هاتين المادتين بالعمومية والتجريد، فقد أشار الخطاب فيهما إلى أن كل من وقع في غلط، وكل متعاقد، ينبغي أن ينفذ العقد بحسن نية، فالمشرع إذاً أرسى أصول

---

[1] – المادة (١/٢) من القانون المدني الأردني، رقم (٤٣) لسنة (١٩٧٦)

[2] – د.عبد المنعم الصدة، مرجع سابق، ص ٥٥

[3] – د.عوض الزعبي، مرجع سابق، ص ١٤– ١٨

قاعدة قانونية عامة ومجردة تقضي بالتزام قاعدة حسن النية في التمسك بالغلط، وفي أثناء تنفيذ العقد.

ونشير في هذا الصدد إلى أن الالتزام بهذه القاعدة يعني أنها تحكم السلوك الخارجي للمتعاقدين، في أثناء تنفيذهم العقد، وهي بذلك تحكم الأفعال المادية الظاهرة اللازمة لتنفيذه، فالقانون أبداً لا يهتم بالنوايا ما دامت هذه النوايا لا تظهر إلى العالم الخارجي بأفعال مادية ظاهرة[١] يمكن اعتبارها بدءا في التنفيذ[٢]. إذ ينبغي التمييز بين النية المجردة التي لا يصاحبها سلوك خارجي، والنية التي يصاحبها سلوك خارجي[٣]. فالنية بمعنى القصد أو الاتجاه الإرادي أو الإرادة الباطنة، نية منعقدة على تحقيق هدف معين وهي بهذا الوصف ذاتية أو داخلية أشبه ما تكون بالسكون لا يعتبرها القانون، و الإرادة بمعنى المظهر الخارجي الدال على النية، فهي نية منعقدة متحركة نحو هدفها تحركًا إيجابيًا ، يدل عليه ذلك المظهر الخارجي الذي يعلن عنها مستعينة في إعلانه بوسائل خارجية من قول أو فعل[٤]

إذاً القواعد القانونية تحكم السلوك الخارجي للأشخاص ولا تهتم بالنوايا و البواعث، ولكن إذا تجاوز العمل مرحلة النية وظهر إلى العالم الخارجي بأفعال مادية، فانه يمكن البحث في الدوافع النفسية التي دفعت إلية وإدخالها في الاعتبار[٥].

ففي حالة اكتساب الملكية بالتقادم عن طريق الحيازة أي وضع اليد على مال مملوك للغير، يعتد القانون بالنية، فينقص مدة التقادم من خمس عشرة سنة إلى سبع سنوات متى كان الحائز لمال الغير حسن النية، أي متى كان يجهل انه يحوز مالا مملوكا للغير[٦].وهذا يعني أن النية ابتداء غير معتبرة في القانون ولكن إذا تكشفت هذه النية فإن القانون سيأخذ بعين الاعتبار مدى حسن النية المتوافرة.

---

[1] – د.عوض الزعبي، مرجع سابق، ١٨

[2] – د.غالب الداودي، المدخل إلى علم القانون ،الطبعة الرابعة، الأردن، اربد، ١٩٩٦، ص ١٦

[3] – د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٠، ص٢٤

[4] – د.السيد بدوي، مرجع سابق، ص٣١

[5] – د.توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص٢٤

[6] – د.عوض الزعبي ، مرجع سابق ،ص١٤–١٨

كذلك فان من أهم خصائص القاعدة القانونية أنها قاعدة اجتماعية؛ تهدف إلى تنظيم سلوك الأفراد داخل المجتمع مما يؤدي إلى حفظ الروابط الاجتماعية[١].

و بما أن القواعد القانونية تحكم وتنظم علاقات اجتماعية، فهذا يعنى أن القواعد القانونية تختلف من مكان إلى مكان و من زمان إلى زمان. و قد يختلف في البيئة الواحدة من زمان إلى آخر. فتطور المجتمع يؤدي إلى تطور القانون حتى يستجيب لحاجاته الجديدة ويساير اتجاهاته المستحدثة، وهذا يبرر تدخل المشرع من وقت لأخر ليعدل القانون القائم أو يغيره كي يتلاءم وحاجات المجتمع الجديدة[٢]. ومن اجل هذا الاختلاف الذي هو سمة القواعد القانونية في المجتمع عبر المكان والزمان، وضع المشرع قواعد عامة تناسب ما يطرأ على المجتمع من تغييرات أو اختلافات، وكان من أهم هذه القواعد قاعدة حسن النية. التي تتيح للقاضي مواجهة ما يطرأ من تغييرات.

والخاصية الأخيرة هي خاصية الإلزام، فالقاعدة القانونية هي قاعدة ملزمة لها سلطانها ولها جزاء مادي دنيوي تقوم به السلطة العامة لينصاع الناس لهذه القاعدة ويحترموها ولو بالقوة عند الاقتضاء[٣]، إن هدف القانون هو إقامة النظام وكفالة الأمن في المجتمع، ولما كانت مخالفة القانون أمراً متوقعا لما للأفراد من إرادة حرة تغري بالمخالفة أحيانا، فإنه لضمان تحقيق هذا الهدف وجب فرض جزاء مادي دنيوي رادع، تمارسه السلطة التي تسهر على احترام القواعد القانونية، وهكذا فإن وجود مثل هذا الجزاء أمر تقتضيه وظيفة القاعدة القانونية بحيث يعتبر ذلك عنصرا لازما لقيامها[٤] .

و بما حسن النية قاعدة قانونية مستقره في المنظومة القانونية نجد أن القانون نص عليها بصيغه آمرة، وكما هو معروف فإن القواعد الآمرة من قواعد النظام العام التي لا يجوز الخروج عليها أو مخالفتها وان حصل شيء من ذلك فإن القانون يفرض جزاء يختلف باختلاف حسن أو سوء النية. فتحريم الغش والتعسف والخداع ، ووجوب إبرام وتنفيذ العقد وفقا لما تقضي به العدالة، والوفاء بالالتزامات المترتبة بصورة كاملة وغير منقوصة، ووجوب أن يبقى التعادل العقدي متوافرًا وجواز تعديل الالتزام بسبب تغير الظروف، وأن يكون الباعث مشروعًا بحيث لا

---

[1] – د.غالب الداودي ، مرجع سابق، ص١٧

[2] – د.عبد المنعم الصدة ، مرجع سابق، ص١٥

[3] – د.عوض الزعبي، مرجع سابق، ص٢٠

[4] – عبد المنعم الصدة، مرجع سابق، ص١٩

تتجه الإرادة لتحقيق أهداف غير مشروعة، كل ذلك يصب في فكرة الالتزام بمبدأ حسن النية في العقد. فواجب الالتزام بحسن النية الذي نص عليه القانون " منـــوط بالمتعاقـــدين و القاضــــي و الغير، ذلك أن احترام العقد واجب عليهم جميعا طالما انه قـــد تـــم ضــــمن حــــدود القــــانون و المشروعية[1].

ان تطبيق القاضي لمبدأ حسن النية في العقد كقاعدة قانونية يجب أن لا يقف عنـــد حـــد ارتباطها بخصائص القواعد القانونية، بل يجب توضيح هذا المبدأ توضيحا لا يعتريه غموض ثم توضيح أهميته كقاعدة قانونية وما أهميته للقاضي، وهل القاضي ملزم بتطبيقها. لذا سنقسم هـــذا الفصل إلى مبحثين: -

المبحث الأول: ماهية مبدأ حسن النية و أهميته

المبحث الثاني: التزام القاضي بتطبيق مبدأ حسن النية

المبحث الأول

[1] – د.طه احمد، مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ١٩٩٧،ص٣٩

مبدأ حسن النية و أهميته في القانون و للقاضي

يرى بعض الفقه القانوني أن مبدأ حسن النية في العقود و تنفيذها أصبح من أساسيات القواعد التي تحكم العقود الحديثة وقد شاع هذا المبدأ في القرن التاسع عشر، ولفت انتباه فقهاء القانون في أواسط القرن العشرين حتى غدا موضوعا معروفا في التعاملات التجارية[١]. ثم أصبح مبدأ حسن النية مبدأ مألوفا في أغلب التشريعات المدنية، وأصبح مقبولا كجزء لا يتجزأ من النظم القانونية، وقد بلغ حدا من الرسوخ لدرجة أنه إذا لم ينص عليه فإنه، يمكن الاستدلال عليه من خلال مظاهره كالالتزام بحدود القانون وعدم الالتجاء في التعامل_وخاصة في تنفيذ العقد _ إلى ما يخالف القانون كالغش والتواطؤ باعتبارها من مظاهر سوء النية.

وعليه فإنه من الصعب إنكار وجوده و ولكن الصعوبة تكمن في تعريف هذا المبدأ تعريفا جامعا مانعا، و تحديد طبيعته واختلاف مفهومه عما يختلط به من مزايا أخلاقية كالنزاهة والأمانة، حيث يكون حسن النية في النصوص القانونية تعبيرا عن حالة ذهنية غامضة إلى حد ما.

لذا فإن تحديد معنى مبدأ حسن النية في كل جوانبه أمرا يسهل تحديد معناه القانوني، وهذا ما سنبحثه في **(المطلب الأول)**. كما أن التساؤل عن سبب قيام المشرع بالنص على هذا المبدأ، يستوجب البحث في أهمية مبدأ حسن النية في القانون وأهميته للقاضي، في **(المطلب الثاني.)**

المطلب الأول

[1] – Harold Dubroff، Implied Covenant of Good Faith in Contract Interpretation and Gap-Filling: Reviling a Revered Relic، (2006) p. 559-561

ماهية مبدأ حسن النية

إن البحث في ماهية مبدأ حسن النية يثير صعوبة في تحديد معناه القانوني، حيث إن حسن النية في النصوص القانونية هو تعبير عن حالة ذهنية غامضة إلى حد ما، لذا فانه من الضروري قبل البحث في اتجاهات تعريف مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني، البحث في معنى مفردات هذا المصطلح لغة وقانونا حتى يسهل تحديد معناه القانوني كمبدأ قانوني عام مستقر في المنظومة القانونية. لذا سنبحث في هذا المطلب: -

الفرع الأول: المعنى اللغوي لمبدأ حسن النية

الفرع الثاني: تعدد معناه القانوني

الفرع الأول

المعنى اللغوي لمبدأ حسن النية

المبدأ القانوني هو الأصل الذي يحكم مسألة قانونية معينة[١]. و المبدأ القانوني قد يكون خاصا وقد يكون عاما، والخاص هو الذي يطبق على مسائل قانونية معينة مثل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يطبق على العقد فقط، أي انه يخص العقد. أما المبدأ القانوني العام، فهو الذي يطبق على جميع التصرفات والأعمال القانونية، مثل مبدأ عدم إساءة استعمال الحق، ومبدأ حسن النية.

و لتمكين مبدأ حسن النية من أداء وظائفه ومهامه والقيام بها على أفضل وجه، أعطي صفة المبدأ القانوني العام والملزم، الذي له حق الرقابة على كافة العقود في كل مراحل العقد[٢]. لأن المبدأ يحمل الأسس التي يمكن من خلالها تطبيقه ذاتيا دون اللجوء إلى منظومات أخرى خارجه عنه، فبمجرد تطبيق هذه الأسس فانه قد تم التطبيق الأمثل والأقصى لهذا المبدأ،

---

[1] – د. بشار الملكاوي، مصطلحات القانون الخاص ، مكتبة دار وائل ، الأردن ، عمان ، ٢٠٠٧ ، حرف الميم

[2] – د. يحي بني طه ، مرجع سابق، ص١٥٤

وأي إخلال بأي من هذه الأسس أو انتفائها يؤدي إلى اختلال المبدأ وعدم انطباقــه فــي هــذه الحالة[١].

لا شك أن مصطلح حسن النية يختلف معناه إذا ما تمت تجزئته عن معناه القانوني، لذا فإن الدقة في تحديد معنى المصطلح أمر يساعد على حصر معناه ويزيد من دقة تحديد معناه القانوني.

فكلمة الحُسْنُ، ضدُ القُبْح ونقيضه[٢]. و هي تدل على ما هو أخلاقي ومحمود وغير قبيح أو غير مذموم ومرتبط بالخير، والحسن بعكس السوء، فالسوء هو كل ما يعتبر مذموماً أو قبيحاً أو غير أخلاقي ومرتبطاً بالشر[٣].

أما النية فإنها لغة تعني : العزم، ويقول صاحب المصباح المنير :" خصت النية في غالب الاستعمال بعزم القلب على أمر من الأمور"[٤]. أما في الاصطلاح، فقد تعددت التعريفات التي قيلت في النية إلا إنها جميعا تدور حول المعنى اللغوي وهو القصد والعزم. ويمكن جمع هذه التعريفات تحت مفهومين:

المفهوم الأول وهو المفهوم الضيق للنية و هو المفهوم الفقهي الشرعي ، فقد عرفها بعض الفقهاء بمعنى القصد ، وقد نقل عن الماوردي انه عرف النية "هي قصد الشيء مقترنا بفعله، فإن قصده وتراخى عنه فهو عزم"وقد أكد الزركشي هذا المعنى وقال: " حقيقة النية هو ربط القصد بمقصود معين، والمشهور أنها مطلق القصد إلى الفعل "، وقوله " مطلق القصد إلى الفعل " يستدعي البحث في نوعي القصد الذي تحققه النية. وقد ذكرها الزركشي عقب هذا التعريف فقال:" الأول الذي يستدعي علما والذي يصير به الفعل اختياريا. والثاني هو العلة للقصد الأول وهو الانبعاث لإجابة الداعي، كالقيام عند رؤية إنسان ، فالقصد إلى القيام لا ينبعث من النفس إلا إذا كان في القيام غرض، فذلك الغرض هو المنوي والنية عبارة عن

---

1 – رومان منير الحداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة ماجستير، كلية الدراسات الفقهية والقانونية– جامعة آل البيت ، ٢٠٠٠، ص٣

2 – لسان العرب لابن منظور ، باب الحاء.

3 – د. يحي بني طه، مرجع سابق، ص٤٦

4 – المصباح المنير ، للفيومي ، مادة (نوى)

إجابة الباعث المتحرك فهذا تحقيق نوعي القصد. وقد قصد بهذا التعريف الفقهي وأراد به مطلق العمل الشرعي، لكنه اغفل من التعريف مقارنة النية للعمل، أو تقدمها عليه (١).

وقد فسر ابن عابدين، النية بأنها ليست مطلق الإرادة، بل هي الإرادة الجازمة، قال "النية لغة العزم، والعزم هو الإرادة الجازمة القاطعة، والإرادة صفة توجب تخصيص المفعول بوقت وحال دون غيرهما، إي ترجح احد المستويين وتخصصه بوقت وحال. و به علم أن النية ليست مطلق الإرادة بل هي الإرادة الجازمة"(٢).

الثاني: المفهوم العام للنية وهو المفهوم السلوكي أو الأخلاقي، فقد عرفها الغزالي " النية هي الإرادة وانبعاث النفس بحكم الرغبة والميل إلى ما هو موافق للغرض إما في الحال و إما في المال"

وعرفها البيضاوي " النية عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا لغرض من جلب نفع أو دفع ضر حالا أو مالا، و الشرع خصصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضاء الله وامتثال حكمة "(٣).

[1] – الزركشي ،المنثور في ترتيب القواعد الفقهية ،مبحث النية ،٣/٢٨٤ ، ٧٩٤هـ ،الطبعة الثانية .الكويت ،١٩٨٥

[2] – الدر المختار ' للحصفكي ،المطبوع مع حاشية ابن عابدين رد المحتار ٤٣٠/١ وما بعدا ، بحث النية.

[3] – راجع مصونة الخطيب الحسني ،الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير ،جامعة دمشق ،كلية الشريعة ،٢٠٠٣ ،ص ٢١

الفرع الثاني

تعدد معاني مبدأ حسن النية كقاعدة قانونية

لا بد أن نشير بادئ ذي بدء إلى أن مبدأ حسن النية لا يقف فقط عند حدود العقود أو التحكيم وإنما يتعداها إلى كل مناحي المجتمع والتصرفات بصورة عامة، ولذلك فجميع التعاملات والتصرفات، الاجتماعية منها و القانونية، تتطلب حسن النية، وهو بهذا المعنى ينطوي على التعامل بنزاهة وإخلاص وصدق مع الآخرين.

استنادا لما سبق ذهب بعض الفقه إلى تعريف حسن النية بأنه" توقع تعامل طرفي العقد كل منهما تجاه الأخر و تجاه الإطراف الأخرى التي قد تكون لها علاقة بهذا العقد بصدق وعدالة ونزاهة وأمانة [١]..و بهذا المعنى فان المبدأ يتطلب من جميع الأطراف أن يكونوا عادلين وصادقين ونزيهين أثناء التفاوض، وعند انعقاد العقد عليهم تنفيذ ما يفرضه عليهم العقد من واجبات بذات النزاهة والصدق.

وفي تعريف مشابه للمعنى السابق هناك من يرى انه "التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي انشأ من اجلها والتزم بها كل من طرفي العقد، بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة[٢].

ولقد أنقسم الفقه القانوني حول تحديد معنى مبدأ حسن النية إلى عدة اتجاهات على النحو التالي:

الاتجاه الأول: رفض مفهوم محدد لحسن النية كقاعدة قانونية

هذا الاتجاه يرفض وجود مفهوم محدد لحسن النية كقاعدة قانونية، وبموجب هذا الرأي ليس هناك مبدأ عام لحسن النية، ولكن هناك ملطفات خاصة في بعض الحالات لعمل القواعد القانونية لتجريدها من صلابتها عندما يتوافر لذلك سبب ضروري[٣]. ويؤيد هذا الاتجاه

---

1 – انظر – Good Faith in Contract Particularly in the Contract of Arbitration and Chartering : by : Prof. William Totly ، McGill University . p. 7

2 – د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ،العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون للنشر ، لبنان –بيروت ١٩٩٥،ص١١٥

3 – جاك غيستان . المطول في القانون المدني . تكوين العقد . مرجع سابق، ص٢٦٨

جانب من الفقه يرى بعد أن تنحى عن اقتراح تعريف قانوني وحيد لحسن النية، أن في هذا المبدأ نوعا من التوجيه يصلح كنهج للقاضي لتطبيق القواعد القانونية[١]. وهذا ما ذهب إليه الفقيه Ripert حيث قال: أن مبدأ حسن النية هو إحدى الوسائل التي يستخدمها المشرع والقاضي لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي[٢]. **ولكن هل يعني ان المبدأ العام لحسن النية ليس له سوى مدى أخلاقي وليس له مدى قانوني؟**

إن الأمر لا يبدو على هذه الشاكلة فهذا المبدأ بالفعل لم يبق على صعيد الضمير الأخلاقي و حسب، وكما لوحظ - انطلاقا من هذه التطبيقات الوضعية المختلفة - " هناك في قوانيننا معايير موازنة لقاعدة غامضة ومرنة ". ويعود بالتالي للمفسر أن يستخرج وللاجتهاد أن يكرس - كعنصر من القانون الوضعي - هذا المبدأ العام الذي يصلح بهذه الصفة كتوجيه للتفسير لاسيما تجاه القوانين الجديدة[٣].

وتأييدا لهذا الاتجاه يرى بعض الفقه أن محاولة وضع تعريف محدد لمبدأ حسن النية ليست من السهولة التي قد يتصورها البعض [٤]، وذلك لاختلاط فكرة حسن النية بالأخلاق في القانون، فهي فكرة غير محددة يشوبها الغموض وعدم التحديد لأن وحدة القياس في القانون تختلف عنها في الأخلاق، كما أن مفهوم حسن النية يختلف من حالة إلى أخرى، ففي نطاق التنفيذ يعني الاستقامة والأمانة، وفي كسب الحقوق يعني عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف ومن ناحية أخرى فإن فكرة حسن النية تختلط بمعانٍ أخرى ذات أصل واحد، إذ يتحدث الفقهاء بمناسبة الحديث عن حسن النية عن فكرة الجهل والغلط والخطأ، وجميع هذه الأفكار تنبع من داخل الإنسان، أي أنها ذاتية، ولا يعد قياسها وتحديدها أمراً هيناً، لأنها ترتبط بعواطف الإنسان وأفكاره و مشاعره، التي تتفاعل وتتحرك من أجل تحقيق غاية معينة ، تنتهي إلى قرار بعقد العزم عليه، ثم يترجم هذا القرار إلى واقع ملموس في العالم الخارجي

---

[1] – غيستان . مرجع سابق،ص٢٦٩

[2] – أنظر: غيستان . مرجع سابق،ص٢٦٩

[3] – غيستان، مرجع سابق، ص٢٦٩

[4] – د. نعمان جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، التنازع بين القانون والواقع المستقر، المنظمة العربية للتربية والثقافة، معهد الدراسات والبحوث العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٧، ص١٣٠-١٣٤

، وهذا القرار المترجم قد يكون مشروعًا وقد يكون غير مشروع ، فأين حسن النية من كل ذلك[١]

الاتجاه الثاني: يحدد مفهوم ثنائي لمبدأ حسن النية

يرى هذا الاتجاه أن هذا المصطلح لم يكتسب معنى محدداً حتى هذا الوقت، ولكن أصحاب هذا الرأي يرون انه يمكن النظر إلى حسن النية من جانبين؛ الجانب الأول وهو الجانب الإيجابي،حيث يعني مصطلح حسن النية على إطلاقه التزام أطراف التعاقد بالأمانة والصدق[٢]. أما الجانب الثاني فهو الجانب السلبي في حسن النية وهو عدم العلم بالعيب وهذا ما يؤكد دور حسن النية في مرحلة تكوين العقد في ركن التراضي في التعاقد[٣].

وفي رأي يقارب هذا الاتجاه، حيث ذهب بعد استعراض المواد التي أشارت لمبدأ حسن النية صراحة وضمنا في القانون المدني الأردني، إلى أن مبدأ حسن النية له مفهومان؛ المفهوم الأول: مفهوم شخصي ينصرف إلى النزاهة الحقيقية للشخص، وهذا أمر نفسي من الصعب معرفته والتكهن به، أما المفهوم الثاني فهو مفهوم موضوعي معياره الخروج عن قواعد السلوك العادي والانحراف عما هو متوقع في الظروف المحيطة[٤]

الاتجاه الثالث: تحديد مفهوم حسن النية في تنفيذ العقد

هذا الاتجاه عرف حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد على انه " نية الالتزام بما تمليه القوة الملزمة من وجوب تنفيذ العقد، و وفقا للأصول القانونية و الأخلاقية المفترضة "[٥]. و

---

[1]- د.عبد الحليم القوني، حسن النية وأثره في التصرفات، مرجع سابق، ص٧٩

[2] – Ichiro kilauca، "Rapport Japonais"، in La bonne foi،edit، Henri capitant، Litec، Paris، 1992، P.141

[3] – Jacque Ghestin، Traite de droit Civil (La Formation du Contrat)، Lixairie Generale de jurisprudence، 1993، P.236

[4] – يزيد أنيس نصير. مرجع سابق ،ص ١٢-١٣

[5] – د. يحي بني طه ، مرجع سابق ، ص٧٨

في تعريف أخر وفق هذا الاتجاه، يعني مبدأ حسن النية " الاستقامة والنزاهة، ومراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد"[١].

الاتجاه الرابع: تحديد مفهوم حسن النية في التصرفات القانونية

هذا الاتجاه عرف حسن النية في التصرفات القانونية على أنها " حالة نفسية يعتقد صاحبها خطأ أن تصرفه قانوني، لذلك يقيم القانون وزنا لهذه الحالة فيحمي صاحبها مما قد يجره عليه خطأ تصرفه، مثل صاحب اليد الذي يعتقد انه تملك العين من مالكها الحقيقي، ومثل من يبني على أرض غيره معتقدا أنها ملك له. وتأتي لفظة حسن النية بمعنى الأمانة حيث يقال إنه يجب تنفيذ الاتفاق بحسن نية[٢].

وهناك من عرف حسن النية وفق هذا الاتجاه بطريقه مفصلة حيث يرى أن حسن النية في التصرفات القانونية، هو الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرًا قانونيًا كالجهل بالعيب الذي يجعل التصرف غير فعال، مثل من يشتري قطعة أرض وهو يجهل أنه يشتريها من غير ذي صفة، فهو اعتقاد مغلوط وبناء على ذلك يكون سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب الشارع على العلم بها أثرًا قانونيًا، كمن يتلقى حقا وهو يعلم أنه يتلقاه من غير ذي صفه سواء أكان العلم بسيطا أو في صورة تواطؤ - وسوء النية وفقا لهذا الاتجاه يطابق الخطأ العمد وفقا لقواعد الأخلاق، لأنه قد ينطوي على الغش والأضرار، وقواعد الأخلاق تأبى ذلك - ويفترض هذا الاتجاه لاعتبار المتعاقد حسن النية أن ينتفي في جانبه أي خطأ عمدي أو غير عمدي، إذ الخطأ بجميع صوره يتعارض مع حسن النية، ذلك أن القانون عندما يقرر حماية للأشخاص ذوي النية الحسنة إنما يقصد الأشخاص الذين لم يتعمدوا الإضرار بالغير، والذين لم يقصروا أو يهملوا في تصرفاتهم حتى لا تسبب الإضرار بالغير، إذ ليس منطقيًا بحسب هذا الرأي أن يحمي القانون المهملين والمستهترين وذوي الغفلة، ولما كان الوهم أو الجهل الذي وقع فيه الغير يعتبر حالة ذاتية ونفسية خاصة به يصعب إقامة الدليل عليها أو على عكسها، لذلك وجب الالتجاء إلى معيار موضوعي أي معيار رب الأسرة الحريص، وبهذا فإن حسن النية

---

[1] - د. محمد القاضي ، مرجع سابق، ص٢٤-٢٨

[2] - د بشار الملكاوي . معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، مرجع سابق، ص ٨٤

يقاس بمعيار موضوعي واحد رائده في ذلك استقرار المعاملات والبعد عن مشقة البحث في العوامل النفسية الداخلية[1].

الاتجاه الخامس: يحدد مفهوم حسن النية بالغلط المشروع

هذا الاتجاه يرى أن حسن النية هو الغلط المبرر والمشروع، و حسن النية لا يتوافر هنا إلا بانتفاء أي خطأ من جانب الغير، وهو بهذا يختلف عن الجهل الذي يكون فيه الشخص غير عالم بواقعة معينة، بينما الغلط هو وهم و اعتقاد مخالف للحقيقة، فهو يفترض غياب الحقيقة وحلول فكرة غير صحيحة محلها في ذهن الموهوم، ويعني بذلك الخطأ القانوني الذي تقوم به المسؤولية المدنية، وهو يشمل إضافة إلى الخطأ العمد، الخطأ غير العمد، فيكون سيئ النية من كان قاصدًا الإضرار وتحقق في تصرفه معنى الغش، وكذلك من يتسبب في إصابة الغير بضرر بإهماله أو عدم احتياطه. ويأخذ هذا الرأي بمعيار موضوعي معيار رب الأسرة الحريص باعتباره معيارًا موضوعيًا يتحدد به معنى حسن وسوء النية في حالة الجهل المبني على الإهمال أو عدم الحيطة[2].

الاتجاه السادس: يحدد مفهوم حسن النية "بقصد الالتزام بحدود القانون"

هذا الاتجاه يرفض ما ذهب إليه الاتجاهان الرابع والخامس بقوله: " إن مبدأ حسن النية ليس الجهل بالعيب ولا هو الغلط المبرر أو المشروع ، فشتان بين هذه الأمور وحسن النية، ذلك أن هذه العناصر سواء أكانت جهلاً أم غلطًا أم خطأ هي جميعها عناصر متصلة، وقد تلتقي في بعض الفروض، إلا أن التطابق بينها ليس دائمًا وكاملاً. فالجهل عبارة عن عدم العلم، والغلط وهم يقوم في نفس الشخص يصور له الحال على غير حقيقته، والخطأ سلوك مدان ومعيب لبعده عن الصواب، فأين حسن النية من هذه الأمور[3].

إن النية هي القصد وعزم القلب على شيء معين، ومن ثم فهي إرادة باطنه طالما أن صاحبها لم يعبر عنها بقصد إنتاج أثر قانوني. ويتم الاستدلال عليها بطريق غير مباشر، عندما يلابسها تصرف خارجي للشخص، وإلا فإن القانون لا يعتد بها ولا يرتب عليها أثرا، أما الحسن والسوء فهما عبارة عن أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع معين. و يمكن تحديد

---

1 – د .عبد الحليم قوني . حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، مرجع سابق، ص ٨١

2 – د.السيد بدوي . مرجع سابق ،ص٥٣١، ولقد تناولت المواد ١٥١-١٥٦ من القانون المدني الاردني نظرية الغلط.

3 – د. نعمان جمعة ، مرجع سابق، ص ١٣٤

الحسن في الأمانة والاستقامة والنزاهة، والسوء في الخيانة والغش والكذب والغدر والرياء والظلم. وعلى ذلك يكون الشخص حسن النية إذا هو سلك الطريق السوي في تصرفاته والمتمثل في الأمانة وبابها، ويكون سيئ النية إذا سلك الطريق غير السوي المتمثل في الخيانة وبابها [١].

لذا فإن مبدأ حسن النية يعرف بأنه " قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون " ونقول قصد الالتزام وليس الالتزام ذاته، إذ قد يقصد المرء الالتزام بحدود القانون، ورغم ذلك تقع منه المخالفة لعدم إدراكه لكل حقائق الموضوع أو لجهله بالقانون ، وإما لأنه لم يتخذ كل ما يلزم من احتياطات. فقصد الالتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لهذا الالتزام [٢]

وعليه؛ فإن هذا الاتجاه يخرج من إطار حسن النية إلى حدوث الضرر للآخرين نتيجة الإهمال وعدم الاحتياط، إذ أن سوء النية يتحدد بأنه عدم قصد الالتزام بحدود القانون فهو موقف عمدي، ويدخل فيه الغش وقصد الإضرار. ويؤخذ على هذا الاتجاه أنه يترتب عليه إغفال ما يستوجبه القانون من التزام بالسعي نحو التحري والاستعلام والاستقصاء، وهو التزام قانوني ينزل الإخلال به منزل سوء النية[٣]. كما أن الإهمال أو عدم الاحتياط وإن كان يشكل موقفا سلبيا إلا أنه كأي فعل أو ترك يتحرك بنية قد تكون حسنة وقد تكون سيئة، رغم أن هذه النية لم تتجه إلى الإضرار بالغير بشكل عمدي ، إلا أنها قصرت وأهملت حين كان يجب أن تتخذ موقفا إيجابيا، لذلك تتخذ صفة السوء.

الاتجاه السابع: يحدد مفهوم حسن النية بانتفاء العنصر المعنوي للخطأ

هذا الاتجاه يرى أن حسن النية لدى المتعاقد يتحدد على أساس انتفاء العنصر المعنوي للخطأ، بنوعيه العمد و غير العمد. واعتبر هذا الرأي أن حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد، ما هو إلا انعدام الركن المعنوي للخطأ، على اعتبار أن الخطأ لا يقوم إلا بتوافر عنصرين، مادي يتمثل بالواقعة المادية أي الفعل أو الترك، و العنصر المعنوي هو النية التي دفعت المتعاقد للقيام بذلك الفعل أو الترك. فإذا كانت هذه النية حسنة و لا تتضمن نية الإضرار بالمتعاقد الأخر، ينتفي بذلك الخطأ العمد في جانبه، و بالتالي يكون المتعاقد حسن النية لانتفاء العنصر المعنوي للخطأ المتمثل بنية الإضرار. و بحسب هذا الرأي فإن المتعاقد حتى يتصف بحسن النية، لا

---

[1] – د. عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص٨٦

[2] – د. نعمان جمعه، أركان الظاهر، مرجع سابق، ص ١٣٥.

[3] – د.السيد بدوي. مرجع سابق، ص ١٠٧

يكفي منه أن تنتفي نية الإضرار لديه، بل عليه أن لا يهمل و أن يتيقظ و يتبصر بحيث لا يلحق ضررا بالمتعاقد الأخر دون قصد، بمعنى أن ينتفي الخطأ غير العمد من جانب ذلك المتعاقد. و يرى هذا الاتجاه أن حسن النية يقاس بمعيارين شخصي و آخر موضوعي و يلجا إلى المعيار الذاتي أو الشخصي للكشف عن نية المتعاقد أي عن العنصر المعنوي للخطأ العمد، فإذا توافر الخطأ العمد عُدَ المتعاقد سيء النية، و يرجع بحسب هذا المعيار إلى شخص المتعاقد و ظروفه الخاصة لمعرفة حقيقة نيته، أما فيما يتعلق بسوء النية القائم على الإهمال و قلة الاحتراز فانه يقاس بمعيار موضوعي ، لا يرجع فيه إلى ظروف المتعاقد الشخصية، بل يقاس سلوكه بحسب المألوف و بحسب سلوك الرجل المعتاد[1].

الاتجاه الثامن: ميز بين ثلاثة أنماط لمبدأ حسن النية ، وميز على أساسها بين معيار كل نوع ، وقال بوجود حسن أو سوء النية الشخصي والموضوعي والقانوني

أولا: حسن النية الشخصي:

يقصد بحسن النية الشخصي الجهل بواقعه معينة أو بظرف محدد من الظروف، التي تكون مناط ترتب الأثر القانوني، بحيث يختلف الحكم التشريعي المترتب اختلافا متعارضا، تبعًا لتحقق الجهل أو العلم بتلك الواقعة أو ذلك الظرف[2].

وبهذا يكون معنى سوء النية تحقق يقين العلم بهذا الظرف أو تلك الواقعة على وجه الحقيقة، أو تحقق إمكان العلم أو استطاعته، حيث يقوم ذلك على سبيل الافتراض مقام تحققه حتى يثبت نقيضه، أي يقوم على افتراض تشريعي، وبهذا يكون أقرب لسوء النية القانوني. و إن تقدير حسن النية أو سوء النية وفقا لهذا المعنى هو ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه بالحسن أو السوء، إذ يجب أن نبحث في تلك الذات عن حقيقة الاتجاه الإرادي، و تحديد تحقق أحد الوصفين تبعًا لما تشير إليه قرائنه الدالة عليه[3]

ويبدو أن الطبيعة الذاتية لوصف الحسن أو السوء تكون متحققة ، حين يكون مناط الوصف متمثلا في تحقق العلم أو الجهل الفعلي بالواقعة أو التصرف محل التعويل التشريعي في ترتيب الحكم . أما عندما يكون مناطه هو إمكان العلم فليس من شك في أنها لا تتحقق في تلك

---

[1] – الملا صالح ، مرجع سابق، ص ٣١-٤٩

[2] – د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، القاهره، ١٩٨٥، ص٤٥٢،

[3] – د. عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص٢٩٥

الحالة، حيث لا يقوم إمكان العلم على طابع ذاتي، وإنما يلتمس في تحققه مسلكاً وسطاً مجـــرداً، ينظر فيه إلى مسلك الرجل المعتاد، وعند هذا الحد يكاد هذا المفهوم أن يخرج معنى حسن النية هنا عن معناه الشخصي. والمشرع في تحديد وصف النية القائم على إمكان العلــم يقــيم علـــى المتعامل التزامًا باليقظة، يجعل حده الأدنى مسلك الرجل المعتاد الذي يعيش الظــروف ذاتهـــا، بحيث يلتزم المتعامل بأن يسعى جهده نحو تحقيق ذلك القدر من العلم. واعتبر أن من لم يبلـــغ حد ذلك الالتزام، إما انه قد علم حقيقته وأدعى عدم علمه فيكون سيئ النية، وإما أنه قد قصر في استجماع وتحصيل ذلك العلم قصورًا ينزله منزلة سيئ النية[١].

ثانيا: حسن النية الموضوعي:

أما حسن أو سوء النية الموضوعي بحسب هذا الرأي ، فإنـــه يـــرتبط بمـــدى مراعـــاة مقتضيات حسن النية أو عدم مراعاتها ، حتى إذا أتى المتصرف بتـــصرفه علـــى وفـــق تلـــك المقتضيات كان حسن النية ، وإذا ما أتى بتصرفه على خلافها كان سيئ النية .وتقوم مقتضيات حسن النية على دعائم أخلاقية ثابتة ومبادئ دينية تؤمن بها الجماعـــة ، وتمثـــل بالنـــسبة لهـــا مجموعة القيم والمثل التي تهيمن على تعاملاتها ، ولهذا تنظر إلى مقتضياتها كمبـــادئ ســـامية تتصف بالعموم والتجريد ، فترفعها في عرفها إلى مقام القواعد القانونية ، حتى لو لم يتـــضمنها نص تشريعي. ومدخل سوء أو حسن النية هنا ليس مدخلاً شخصيًا ، ينظر فيه إلى مدى علم أو جهل المتعامل بواقعة معينة تكون محل تعويل المشرع في تقرير الحكم، وإنما المدخل هنا مدخل موضوعي بحت، ينظر فيه إلى مدى اتفاق التصرف ومخالفته لمقتضيات حسن النيـــة، وينبنـــي على ذلك أن مخالفة مقتضيات حسن النية تتحقق لمجرد صدور التصرف على خلاف ما تقضي به تلك المقتضيات، دون نظر لما إذا كان المخالف يعلم بالمقتضى الذي خالفه أو لا يعلـــم. وإذا كان الفقه يرى بأن مبدأ حسن النية يعد ضابطًا للعقود، فإن ذلك يستلزم منه أن يسلم بالضرورة بأن وصف الحسن المقول به في هذا النطاق، تكون له مقومات موضـــوعية، إذ أن مثـــل هـــذا الضابط يجب أن يكون واضح الحدود محدد المعالم، حتى يصلح أن يقال به كضابط، وهـــو لا يكون كذلك إلا إذا كانت مقوماته موضوعية لا شخصية. ويرى هذا الرأي أن الفقه يؤيـــد هـــذا

[1] – السيد بدوي، مرجع سابق، ص ٧٣

التوجه الموضوعي في مجال تنفيذ العقود بأن الفقه حين يورد أمثلة على حسن النية التنفيذي نراها تترجم في معناها أحد مقتضيات حسن النية [١].

فمقتضيات حسن النية دائمًا موضوعية النزعة، لأنها أحكام كلية مجردة كالوفاء بالعهد والأمانة والثقة المشروعة وشرف التعامل ونحوها. و تجدر الإشارة أخيرًا إلى أن حسن النية الموضوعي الذي يقوم على أساس من مقتضيات حسن النية تتحدد وتنحسر فيه سلطة القاضي ، ويخضع فيها القاضي لرقابة النقض على عكس الحال في حسن النية الشخصي[٢].

ثالثا: حسن النية القانوني

والنوع الثالث بحسب هذا الرأي هو حسن أو سوء النية القانوني، ويقوم هذا على فرضية تشريعية يتعين على المتعامل مراعاتها، حتى إذا أصاب حكم القانون كان حسن النية، وإذا لم يصبه كان سيئ النية، بصرف النظر عن حقيقة الواقع، وما إذا كان المتعامل يجهل وجود القاعدة القانونية التي تخاطب تصرفه أو كان يعلمها، وبصرف النظر عما إذا كان يقصد مخالفة القانون أم لم يقصدها، ذلك أن حقيقة الاتجاه الإرادي ذاته، وما إذا كان المتعامل يقصد الالتزام بحكم القانون لا يعول عليه، طالما تحققت مخالفة القاعدة القانونية فعلا. إن وصف الحسن والسوء القانونيين لا يقومان إلا مع وجود نص قانوني آمر، وعليه فإن المشرع هنا يفرض وصف سوء النية لمجرد الإخلال بالالتزام القانوني الآمر، وبهذا المعنى ينفك ارتباط مبدأ حسن النية بقواعد الأخلاق. وأكثر ما يبدو وصف حسن النية القانوني، حين يتطلب المشرع إجراء معينًا يستلزمه لنفاذ التصرف، إذ يكون المشرع بهذا الإجراء قد أوجد على عاتق المتعامل التزامًا بالبحث والتحري والاستقصاء لحقيقة الأمر قبل الإقدام عليه، ولا يقبل المشرع من المتعامل أن ينزل في سعيه عن الحد الذي يدرك به تلك الحقيقة، والتي قد تيسرت بذلك الإجراء الذي تطلبه المشرع وجعله سبيل علم الكافة، فإذا ما قصر المتعامل عن السعي كان مقصرًا قصورًا ينزله المشرع منزل سوء النية[٣]. ويعني هذا أن المشرع كلما رسم طريقاً للعلم

---

[1] – د. عمر مشهور الجازي، اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الاردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠٣، المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الثاني والعشرون، ٢٠٠٣.

[2] – السيد بدوي، مرجع سابق، ص٨٩– ١٠٠

[3] – د. يحي بني طه، مرجع سابق، ص٥٢

بتصرف معين، فلا يجوز استظهار العلم إلا بهذا الطريق، فالتسجيل مثلا طريق لشهر انتقال الحقوق العينية العقارية الأصلية ، فلا يكون انتقال هذه الحقوق نافذًا في حق الغير إلا عن طريق التسجيل. وفي مثل هذه الأحوال فإن مجرد القصد لا يكفي لتحديد معنى حسن النية القانوني، فلا يعبأ المشرع في تقرير الحسن أو السوء بالجهل أو العلم، كما لا يعبأ في تقريرهما بموافقة أو مخالفة مقتضيات حسن النية، إذا ما هو يربط الوصف بثبوت تلك الظروف التي يراها قاطعة في الدلالة عليه أو بعدم ثبوتها (١).

يرى بعض الفقه أن هذا الاتجاه في تحديد معنى حسن النية لم يتعرض لنية الأضرار كمؤشر حقيقي على سوء النية من خلال تفصيله لأنواع حسن النية، و أعتبر أن نية الأضرار ليست عنصرًا متطلبًا للقول بسوء النية، إذ يتحقق سوء النية ولو لم يكن ثمة اتجاه للإضرار بالمتعاقد الأخر أو الغير، وإنما يلزم ويكفي لتحقق سوء النية أن يكون هناك اتجاه إرادي مقصود لإحداث الفعل أو الترك غير المشروع فحسب، دون أن يمتد هذا الاتجاه المقصود إلى النتيجة كما أن هذا الاتجاه حصر معيار حسن النية التنفيذي بالموضوعي دون الشخصي. فكان هذا بحسب الرأي السابق مما يعيب هذا الاتجاه في تحديد معنى حسن النية، فالمتعاقد الذي يتجه قصده إلى الفعل أو الترك غير المشروع، يفترض بأنه قصد الفعل والنتيجة، وقصد الإضرار بالمتعاقد الأخر حتى لو كان بطريق الإهمال، إذ أن المتعاقد البالغ الراشد يعي حقيقة ما يفعله ويقدر نتيجته، خاصة أن المشرع فرض على المتعاقد توخي اليقظة والتبصر وفقًا لسلوك الرجل المعتاد، وهذا ما يؤكد أن معيار قياس حسن النية من سوئها شخصي، إذا ما أفترض أن نية الأضرار من سوء النية دون الاستغناء عن المعيار الموضوعي (٢).

يتضح من تعدد الاتجاهات في تعريف مبدأ حسن النية، أنها تتفق على الصفة القانونية لهذا المبدأ، ولكن الاختلاف يكمن في تعريف هذا المبدأ تعريفا جامعا يتضمن الأسس التي يقوم عليها حتى يسهل التعامل معه وتطبيقه تطبيقا مباشرا. ولكن المرونة التي يتصف بها هذا المبدأ من حيث تطبيقه تزيد من صعوبة تعريف هذا المبدأ ، فتارة يتخذ صورة عدم العلم، وتارة يتخذ صفة الغلط وتارة صفة الجهل وتارة يتخذ صفة عدم التعسف وكذلك يتخذ صفة عدم الإهمال، وغيرها من الصفات. ولهذا التعدد نتفق مع ما ذهب إلية الاتجاه الأول في رفض تحديد مفهوم محدد لمبدأ حسن النية

---

[1] – د. يحي بني طه، مرجع سابق، ص٥٣

[2] – د.السيد بدوي، مرجع سابق،ص ١١٣

المطلب الثاني

أهمية مبدأ حسن النية في القانون و للقاضي

إن الاعتبارات التي تدفع القانون ليعتد بمقتضيات حسن النية، ليست اعتبارات أخلاقية بالدرجة الأولى فحسب، و إنما تدعمها اعتبارات أخرى تبررها دواعي الاستقرار في التعامل. لذلك لجاء المشرع لوضع قواعد لحماية حسن النية و ترتيب الجزاء على سوء النيـة، سـواء اتجه المشرع في ذلك اتجاها أخلاقيا أصيلا ينبئ عن نزعته الدينيـة و الأخلاقيـة، أو كـان اتجاهه اتجاها ماديا فحسب لا يحفل بالنزعة الأخلاقية إلا بصورة تبعية، إذ يتخذ مـن حمايـة استقرار التعامل علة لتقرير تلك الحماية[١]. لذا فإن استقرار التعامل و سد الثغرات القانونيـة و حماية الاستقرار ومواجهة الظروف الطارئة و الجديدة، يتم من خلال اعتمـاد القـضاء علـى مبادئ قانونية عامة كمبدأ حسن النية[٢].

وتجدر الإشارة إلى أن اغلب تطبيقات مبدأ حسن النية تظهر فـي نطـاق الالتزامـات العقدية، إلا أن تطبيق هذا المبدأ قد أصبح عاما في تنفيذ الالتزامات كافة أيا كان مـصدرها[٣]. وقد بلغت أهمية هذا المبدأ لدرجة أنه يتسع لجميع الأعمال القانونية والحقوق والالتزامات التي تنشئها المعاملات القانونية على عاتق أطرافها[٤].

بناء على ذلك، فإن الأمر يتطلب دراسة أهمية هذا المبدأ كقاعدة قانون **(الفرع الاول)** وأهميـة ذلك للقاضي أثناء تطبيقة للقانون **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

---

1 – د.السيد بدوي . مرجع سابق، ص٢٨٢

2 – د. مجدي محمود، المبادئ القانونية، مصدر ذاتي للمشروعية، دار الفكر الجـامعي، الإسـكندرية، مـصر، ٢٠٠١، ص٧٥-٨٠

3 – د. محمد حسين منصور، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، لبنان، بيروت، ٢٠٠٠،ص٢٠

4 – د.خلف الرقاد، الحق في الحبس ، القانون المدني الأردني ،رسالة دكتوراه غير منشورة ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، مصر ،٢٠٠١،ص٢٥٣

أهمية مبدأ حسن النية كقاعدة القانون

تعود أهمية حسن النية كقاعدة قانونية للصلة الوثيقة بين القانون والأخلاق، فالكثير من القواعد القانونية تقوم على أسس أخلاقية، كالقواعد التي تلزم بالوفاء بالعهود و تحريم الإثـراء بلا سبب. وتأكيداً لذلك يرى اغلب الفقه القانوني، أن مبدأ حسن النية يعزز الجانب الأخلاقي في القوانين الوضعية[١].

حيث انه يتضمن مفاهيم أخلاقية تدعو المتعاقد لعدم استغلال ثغرة قانونية أو فرصـة سانحة لكسب منفعة على حساب غيره، إذ إن التزام المتعاقد بهذا المبدأ يوفر هامـشا أخلاقيـا، يحول دون استغلال متعاقد لمتعاقد أخر، و يظهر دور مبدأ حسن النية فـي تعزيـز الجانـب الأخلاقي من خلال الالتزامات المتفرعة عن هذا المبدأ كالالتزام بالتسامح والالتزام بالتعاون، و التي تهدف إلى تحقيق الأمانة العقدية و كشف التصرفات غير الأمينة[٢].

وتأييدا لما سبق ذهب بعض الفقه في تحديد الصلة بينهما، إلى أن أساسـها الفلـسفي واحد، و أن الروابط بينهما وثيقة و محكمة، وان كلاً منهما يكمل الأخر حتـى إذا مـا تميـز القانون عن الأخلاق، فان هذا لا يرجع إلى اختلاف في الأساس ولا يفيد ذلك معنى التعـارض بينهما، فالفصل المطلق بين القانون و الأخلاق أمر مستحيل تحقيقه[٣]

و هكذا كان لمبدأ حسن النية في تطوره ولصلته بالأخلاق الأثر القـويم فـي أن يـرد الأمور إلى نصابها، وأن يعلي شأن القاعدة الأخلاقية في النطاق القانوني[٤].

والسؤال الذي يثور هنا، ما هو اثر العوامل الأخلاقية في نظرية الالتزامات؟

تؤثر العوامل الأخلاقية تأثيرا كبيرا في نظرية الالتزامات، فنظريـة سـوء اسـتعمال الحق والنظرية التي تقضي بان الغش يفسد العقود و المبدأ القائل بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الآداب و النظام العام، كل هذه نظريات مشبعة بالروح الخلقية وهي تقوم على محاربة

---

[1] – وحول رأي الفقه بالتفصيل ، أنظر: د. محمد جمال عيسي، مفهوم العقد، دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي و الفقه الإسلامي، دار النهضة، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٢٤.

[2] – احمد الرفاعي، الالتزام بالتسامح، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٤

[3] – د.السيد بدوي . مرجع سابق، ص٢٧٧–٢٨١

[4] – السيد بدوي، مرجع سابق، ص١٠

سوء النية و الضرب على أيدي العابثين بـــالأخلاق والآداب العامـــة. عـــلاوة علـــى وجـــود الالتزامات الطبيعية والتي تسمي في الفقه الإسلامي بالواجبات الدينية وهـــي التزامـــات تمـــت بصلة متينة إلى قواعد الأخلاق، و يعترف بها القانون، وهذا ما تنص عليه المـــادة (٢/٢١٣) من القانون المدني الأردني التي تقضي بأنه " أذا أفتقد الحق حماية القانون لأي سبب فلا جبره من تنفيذه ويصبح حقاً طبيعيا يجب في ذمة المدين "وتمثل الالتزامات الطبيعية منطـــق وســـط بين القانون والأخلاق، بل هي المنطقة المشتركة بينهما حيث لا جبر في تنفيذها ولكن إذا قـــام المدين بالوفاء بها وهو يعلم بذلك يصح وفائه ولا يجوز له استرداده، وهكـــذا تمتـــزج بـــذلك القواعد الأدبية بالقواعد القانونية حتى تصبح شيئا واحدا[١].

الفرع الثاني

أهمية مبدأ حسن النية للقاضي

[1] – د . عبد الرازق السنهوري ، النظرية العامة للالتزامات ، نظرية العقد ، دار الفكـــر ، القـــاهرة ، مـــصر ، ١٩٨٠ ،ص١٠

وضحنا في الفرع السابق أهمية مبدأ حسن النية كقاعدة قانونية ينص القانون على وجوب الالتزام بها، وفي هذا الفرع سنوضح أهمية مبدأ حسن النية للقاضي.

وتعود أهمية مبدأ حسن النية للقاضي في أن مبدأ حسن النية يوسع من صلاحيات القاضي، والأمر الذي يمكنه من سد ثغرات القانون و حماية الاستقرار القانوني و مواجهة الظروف و الوقائع الجديدة التي لم يتناولها المشرع بنص قانوني يعالجها، فيغطي بذلك غياب النص في بعض الحالات المستجدة(١).

أما في العلاقات التعاقدية فإنه في كثير من الأحوال يصعب على المتعاقدين أن ينظما المسائل الخاصة التي تعاقدا عليها بكل تفاصيلها، وعندئذ يكون لمبدأ حسن النية الدور الكبير في تكملة العقد بما يفرضه من التزامات على كلا المتعاقدين، خاصة انه يفترض في المتعاقدين أنهما يتعاملان بأمانة و ببواعث مشروعة لتحقيق مصالح مشروعة(٢).

فالمشرع لا يمكنه أن يسن من القواعد المكملة لإرادة طرفي العلاقة ما يحيط بكافة تفاصيل علاقتهما على اختلافها و تنوعها، إذ غاية ما يمكن أن يتناوله بالنص تلك المسائل التي تبدو أمامه أكثر عرضا في العمل حسبما تبيح له ظروف الحال حصرها. تبقى مسائل أخرى لا يتناولها المشرع بالنص، إما لأنها قليلة الحدوث في العمل، و إما لأن الشارع نفسه لم يستطع حصرها لسبب أو لأخر، و إما لأنها جدت في العمل بعد صياغة التشريع، و إما لغير ذلك من الأسباب، فكان تنفيذ العقد هو النطاق الرحب الذي يعمل فيه مبدأ حسن النية. وهو في عمله في ذلك النطاق إنما يفترض معه افتراضا بديهيا مؤداه أن طرفي العلاقة هما احرص الناس على مصالحهما، فما يريانه في صالحهما يحرصان على إيراده في العقد، سواء إيجابا بتضمينه في العقد أم سلبا بان يحظرا أو يحظر أحدهما تطبيق نص من النصوص المكملة. ثم يبقى ما يسكتان عنه و هما في سكوتهما هذا يفترض أنهما بداية ارتضيا ما وراء ذلك من قواعد يفرضها العرف و الأمانة و الذمة وشرف التعامل، وغيرها من مقتضيات حسن النية والذي ترجم بالنص التشريعي الذي يقضي بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق وحسن النية(٣).

---

[1] – مجدي محمود، مرجع سابق، ص ٧٥-٨٠

[2] – يحي احمد بني طه، مرجع سابق، ص ٩٢

[3] - المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني

وهو ما يرمي إلى إبقاء الثقة بين المتعاقدين، والقضاء على الأهداف الأنانية، وفرض حد أدنى من التضامن و التسامح بينهما و السلوك الأمين مظاهر تأثر القانون بالأخلاق واضحة في شتى نواحي القانون، فهي تبدو في علاقات الأسرة و في نظام الـزواج و فـي العلاقـات المالية و بوجه خاص في وجوب حسن النية و بذل العناية و الأمانة في تنفيـذ الالتزامـات، و عدم جواز استرداد المدين ما أداه باختياره تنفيذا لواجبات أخلاقية(١).

كذلك فإن مبدأ حسن النية بمفهومه المرن و شموليته، يزيد من صلاحية القاضي فـي إحقاق الحق و رد العقود و التصرفات إلى حدود الشرعية(٢). من خلال التوسع فـي مفهـوم الغش و التعسف و الإخلال بالتوازن العقدي من اجل محاربتها.

كذلك فإن مبدأ حسن النية يعطي القاضي حرية في تقدير ظروف إعمال النص، وبذلك فإن هذا القاضي يحمي ذا المصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية. و في هذا السياق نشير إلى ما تنص عليه المواد (١١٩١ و ١١٩٢) مـن القـانون المـدني الأردني من أن الحائز يكسب ما يقبضه من ثمار ما دام حسن النية، ومعنى ذلك انه إذا ألـزم الحائز حسن النية برد الشيء إلى مالكه، فان ما يلتزم برده هو الشيء ذاته، و أما الثمار فـلا يلزم بردها و لا بالتعويض عن قيمتها. و حكم القانون في هذا مبناه العدالة و رعاية مـصلحة الحائز، و ترجيحا لحسن نيته على مصلحة المالك(٣).

و عندما يستغل متعاقد حالة المتعاقد الأخر أو سوء التعبير الذي وقع منه، وهو يعلـم أنه أخطأ في التعبير ويعي حقيقة ما قصده(٤)، فإن القاضي بإعماله لمبدأ حسن النية يستبعد هذا الاستغلال، إذ تستطيع المحكمة التعرف على سوء نية ذلـك المتعاقـد مـن خـلال ظـروف وملابسات القضية. و من خلال بحث القاضي في سلامة نية المتعاقد و حسنها، فإنه في الواقع يوفر حماية للمتعاقد وللغير من الاحتيال و الغش و كتم المعلومات و تقديم المعلومـات غيـر الصحيحة(٥).

---

[1] – د. محمد عبد الله ، المدخل إلى علم القانون أو النظرية العامة للقانون ، مطبوعات جامعة دمشق ، دمشق ، القاهرة ، ١٩٩٦،ص٤٧

[2] – د.السيد بدوي، مرجع سابق، ص ١١١-١١٢

[3] – د.حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٨٨،ص ٧٤

[4] – د.عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص٣١٠

[5] – د يحي احمد بني طه، مرجع سابق، ص ١٥٦

و مبدأ حسن النية بهذا يوفر الحماية اللازمة لمصالح الأفراد سواء تلك التي تتعلق بالنظام العام أو تلك التي لا تتعلق بالنظام العام. و من خلال المساهمة بحماية الشرعية القانونية و إلزام المتعاقدين بها، وعدم مساسهم بالنظم الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية السائدة في المجتمع[١]، فينشأ العقد وينفذ بطريقة قانونية فتعم النزاهة ويعم شرف التعامل في تنفيذ العقود، ذلك أن أفراد المجتمع متعاقدون بشكل أو بآخر، وكل هذا يؤدي لاستقرار التعامل، لأن القانون يفرض الجزاء على من يخالف مقتضيات مبدأ حسن النية، مما يشكل رادعًا يحول دون المساس بالحدود والأسس التي تجعل تنفيذ العقد قانونيًا. لذلك فإن على المتعاقد في أثناء تنفيذه للعقد أن يتقيد بالنية المشتركة للمتعاقدين، وأن لا يخرج عن الحدود التي تفرضها القوة الملزمة للعقد[٢].

فمن يكتسب حقا بحسن نية، فإن حسن نيته يحصن هذا الحق، ولا يبطل التصرف الذي اكتسب بموجبه هذا الحق، كما في حالة الدائنين الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ثبوتها في بيان وصي التركة، ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة، فلا يجوز لهم أن يرجعوا على الذي كسب بحسن نية حقا على أموا ل التركة، وإنما لهم الرجوع على الورثة في حدود ما عاد عليهم من التركة[٣]. كذلك فإن المشرع يضمن للدائن الوسائل اللازمة لتحصيل حقه بالضغط على المدين لإجباره على الوفاء، ولكن القاضي بإعماله لمبدأ حسن النية فإنه يوازن بين مصلحة الطرفين بحيث يكون للدائن أن يلجأ إلى تلك الوسائل دون أن يكون في ذلك مساس بكرامة المدين حسن النية[٤]. فالأصل بأنه يحق لكل طرف من أطراف العقد أن يتمسك بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه حرفيًا، حيث أن العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن هذا مقيد بالالتزام بمبدأ حسن النية، و الأصول التنفيذية واجبة الإتباع، فلا يجوز لأي متعاقد أن يتمسك بتنفيذ العقد حرفيا، بشكل يؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر، فمن حسن النية في تنفيذ العقد، التيسير على المتعاقد بحيث لا يتضرر من تنفيذ العقد تنفيذًا حرفيا[٥].و من وظائف ومهام مبدأ حسن النية أنه

---

1 – رومان منير الحداد، مرجع سابق، ص ٧٦-٧٧

2 – د يحي احمد بني طه، مرجع سابق، ص ١٥٦-١٥٧

3 – المادة ١١٠٧ من القانون المدني الأردني.

4 – د.عادل حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دراسة تحليليه تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢-٣

5 – د.عبد الحليم القوني، مرجع سابق، ص ٣١

يحول دون تمسك المتعاقد بحرفية التنفيذ، فلا يرهق احد المتعاقدين الأخر بالتـشبث بحرفيـة التنفيذ[١]. مما تقدم يرى الباحث أن المشرع الأردني يهدف من النص على قاعدة حسن النية :

١) تنبه المشرع إلى أن فكرة النظام العام و الآداب العامة تتسع بحسب التطورات الاجتماعية و الاقتصادية و الأخلاقية. ورأى أن النص على حسن النية يعطي للقاضي صلاحيات واسعة لمواجهة هذا التطور سواء كان التطور سلبيا أو ايجابيا، مما يساعد القاضي في إحقاق الحق ورد العقود والتصرفات إلى الحدود المشروعة في حال مخالفتهم لأحكام النظام العام والآداب، فيكون في هذه الدائرة المرنة مشرعا مقيداً بآداب و نظم أمته الأساسية و مصالحها، و هو بذلك يخضع لرقابة محكمة التميز لأن النظام العام مسالة قانون.

٢) أن القانون لا يدعو إلى حسن التعامل فحسب بل يدعو إلى حسن المقاصد في التعامل، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على اهتمام المشرع بنشر الروح الأخلاقية بين أفراد المجتمع.

٣) اعتماد الإرادة في تنفيذ العقد وتنفيذه يعني أن القانون يفترض في هذه الإرادة دائما حسن النية في الالتزام بالقانون وعدم الإضرار بالمتعاقد الآخر، أي الالتزام بمبدأ توافق الإرادتين والالتزام بالمشروعية، وتنفيذ العقد طبقا لما ارتضيا عليه.

٤) نص المشرع بوجوب الالتزام بمبدأ حسن النية على المتعاقدين كليهما و حتى على الغير، يعزز من حالة التوازن الفعلية بين المتعاقدين و يضمن سلاسة انتقال الحقوق، و يسهم في إشاعة نزاهة التعامل و يعزز الثقة المفترضة في المعاملات. فالتقيد بمبدأ حسن النية يجعل من شروط العقد و عباراته تمثيل و تعبير حقيقي عن نية المتعاقد، حيث أن تعبير المتعاقد عن نيته وما دار في نفسه من خلال شروط العقد، يلزمه بتنفيذ التزاماته بحسن نية و ضمن ما توقعه المتعاقد الآخر و حدود ما يفهم من عبارات العقد بحسب المألوف والمتفق عليه، أي أن ينفذ المتعاقد ما التزم به دون مواربة أو تلاعب، و هذا ما يهدف إليه مبدأ حسن النية.

المبحث الثاني

التزام القاضي بتطبيق مبدأ حسن النية

[1] – د.مازن الحنبلي، الحقوق أنواعها و مداها و التعسف في استعمالها، المكتبة القانونية، دمشق، ٢٠٠٣، ص١٥

أوضحنا في بداية هذا الفصل معنى مبدأ حسن النية كقاعدة قانونية وانتهينا في المبحث الأول بذكر أهمية قاعدة حسن النية في المنظومة القانونية، و وجدنا أن أهميتها تتعلق بالقاضي في الدرجة الأولى، والسؤال الذي يجب توضيح إجابته في هذا المبحث يتعلق، بمدى التزام القاضي بتطبيق مبدأ حسن النية في العقد؟ فهل القاضي ملزم بتطبيقه؟

من خلال النصوص القانونية وأحكام المحاكم التي سنوضحها، نجد أن القاضي ملزم بإعمال مبدأ حسن النية، وذلك لأن المشرع الأردني شدد على أهمية هذا المبدأ حيث ربط بين مبدأ حسن النية وبين النظام العام والآداب العامة، فأصبح مبدأ حسن النية بمقتضياته من القواعد الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع ، و تمس مصالحه وهي فوق مصالح جميع الأفراد وبالتالي لا يجوز لهم مخالفتها باعتبار انها جزء من النظام العام.

فالقانون يعترف بمبدأ سلطان الإرادة ولكن يحصره في دائرة معقولة تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام[١] وفي حالة الإخلال بها يلتزم القاضي بإعادة الأمور إلى حدودها المشروعة مراعيا في ذلك العدالة و الصالح العام.

وعليه فإن التزام القاضي بتطبيق مبدأ حسن النية يعود لأمرين وجد فيهما المشرع مبررا يقضي بهذا الالتزام، الأمر الأول: هو ارتباط مبدأ حسن النية بمفهوم العدالة وهذا ما سنبحثه في **(المطلب الأول)**. والأمر الثاني: هو ارتباط مبدأ حسن النية بمفهوم النظام العام والآداب العامة وهذا ما سنبحثه في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

ارتباط مبدأ حسن النية بقواعد العدالة

[1] – السنهوري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص١٢٦

من الأمور التي تدل على أهمية مبدأ حسن النية ارتباطه بفكرة العدالة، فما من مقتضى يقتضيه حسن النية إلا وتقره العدالة و تقوم عليه، وما من مبدأ تقول به العدالة إلا ونجده مما يقتضيه حسن النية، و ما العدالة إلا الهدف الأسمى الذي يرمي إليه كل قانون(١).

وقد كان لفكرة العدالة دور مهم في تطوير أحكام القانون، وعلى أساسها صاغ البريتور قانون الشعوب الذي أثر بدوره في القانون المدني. وقد استعان الفقهاء بفكرة العدالة لتفسير وتطبيق القواعد القانونية، ومن آثار تطبيق مبادئ العدالة تخفيف آثار بعض النظم القانونية، فبعد أن كانت التصرفات القانونية لا تنتج آثارها إلا إذا أفرغت في قالب شكلي معين، أصبحت هذه التصرفات تنتج آثارها القانونية ولو لم تراع الإجراءات الشكلية، وذلك وفق مبدأ حسن النية الذي يعتبر من أهم تطبيقات فكرة العدالة(٢).

اختلف الشراح في تحديد معنى قواعد العدالة : فتارة يقصد بها القانون الطبيعي والعقلي الذي يجب الرجوع إليه لسد النقص في القانون الوضعي أو لتصحيحه، وتارة يقصد بها قواعد الأخلاق، وهناك من يرى أن العدالة إحساس أخلاقي موجود في الضمير الاجتماعي، وظيفته المواءمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة ابتغاء تنظيم هذه العلاقة (٣).

فمبدأ حسن النية والعدالة كادا أن يكونا صنوين إذ لا يكاد حسن النية يبرز إلا ونجد العدالة ظهيرًا تبرر حمايته وتوجب رعايته، ولا نجد حكمًا تقرره العدالة إلا واخذ في حسبانه حسن النية، أو هو على الأقل يصادف في تطبيقاته اختلافًا في آثاره، مناطه وصف النية بالسوء أو الحسن، وتحقيق المساواة بين المتعاملين يرتبط بحسن النية، فيؤخذ بعين الاعتبار سوء نية أو حسن نية المتعامل من حيث الآثار المترتبة، ذلك أن التتبع التاريخي لتطور مفهوم العدالة يكشف عن مدى تقارب حسن النية منها، فعندما تتهذب الأخلاق يرتقي المستوى الفكري للمجتمع الإنساني، وبدت النظرة إلى العدالة على أنها فكرة مجردة ومطلقة، وبدت تعني في المعاملات المالية التعادل بين الأداءات المتقابلة وضرورة تعويض المضرور، فكانت فكرة العدالة التبادلية تبرز متمثلة في إعطاء كل ذي حق حقه وأن يعوض الغير عما لحقه من ضرر. و أخذت تسيطر على المعاملات المالية نزعات تهدف إلى تحقيق المساواة و ضرورة أن يحترم كل

---

1 – د.السيد بدوي . مرجع سابق، ص٢٩٧-٣٠٠

2 –د.علي جعفر، تاريخ القانون والشرائع، مرجع سابق، ١٤٧

3 – وحول أراء الفقهاء في تحديد معنى قواعد العداله، انظر: د.أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص٣٧

طرف كلمته، ويبتعد عن الغش والخداع وتلك مقومات مبدأ حسن النية وهذا ما تأمر به الشريعة الإسلامية[١]

فقد أخذت الشريعة الإسلامية في كل الأحوال بالعدالة و أوجبت توافر التوازن العقـدي، ولم يعتد الفقه الإسلامي في أي مرحلة من مراحل تطوره بالشكل، حيث إن الشريعة الإسلامية باعتبارها شريعة دينية تقوم على أساس الرضائية و لا تعتد بالشكلية[٢].

أن هذا الدور الذي يقوم به القاضي المدني في مراجعة العقد لتطبيق العدالة، لم يـأت فجأة، وإنما كان وليد تطور طويل في الفلسفة، والقانون، لقد كان نتيجة لصراع الإنـسان فـي بحثه عن العدالة والحرية معا. و قد أصبح القاضي في نهاية الأمر، ونتيجة لذلك الصراع ضد قوى الاستغلال، وأنصار الفردية، يراقب العمليات التعاقدية بين الأفراد، فيتدخل كلمـا وجـد ميزان العدالة مختلا، ليعيد إلى العقود توازنها، وعدالتها، خصوصا وأن التشريعات الحديثة قد اعترفت له بهذه السلطة، بل منحتها له بموجب نصوص صريحة وقاطعة[٣].

فقواعد العدالة شعور أخلاقي يستلهمه القاضي أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية في تطبيقها على حالة معينة، حينما يأذن له القانون في ذلك بنص استثنائي صـريح، ذلـك ان القانون يضع قاعدة عامه و مجردة لمجموعة غير محددة من الوقائع و العلاقات، وقد يـؤدي تطبيق إحدى القواعد العامة على حالة معينة، إلى ضرر والتزام لا مبرر له، حينئـذ تتـدخل العدالة لإزالة هذا التعارض بين القاعدة العامة والحالة الخاصة، فتعدل من القاعدة بأن تخفـف من حدتها أو تصوغ منها قاعدة جديدة توائم الحالة الخاصة، و تشكل حسن النية بلا شك إحدى الوسائل التي تضمن العدالة العقدية[٤].

وبما أن القانون المدني الأردني يقوم على أساس من النزعة الجماعية، فإن ذلك يؤكد على احترامه لعدل العقد، ذلك العدل الذي يقدره المجتمع، وليس كمـا يقـدره الفـرد حينمـا

---

1 - د.السيد بدوي . مرجع سابق، ص٨

2 - د. محمد جمال عيسى، مرجع سابق، ص ٨٢

3- المواد (٢/٢٠٢) و(٢/٢٣٩) من القانون المدني الأردني

4 - د.بشار الملكاوي .تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية. مرجع سابق، ص٢٧٣

ارتضى العقد[١]. و قد قضت محكمة التمييز الأردنية في قرارها "إن محل تطبيق قواعد العدالة هو خلو التشريعات والفقه والعرف من قواعد للفصل في النزاع"[٢].

ويمكن القول أن حكم القاضي أو المحكم يتجه لتحقيق مصلحة طرف حسن النية[٣]. فقد قررت محكمة التمييز الأردنية (إن حرية الشريك بالانسحاب، ليست مطلقة، بل هي ورغم سكوت القانون المدني الأردني، على رسم شرائط مثل هذا الانسحاب، فانه يتوجب تلمس هذه الشرائط، من المبادئ العامة التي أوجبتها المادة(٦٦) من نفس القانون، الباحثة في إساءة استعمال الحق، ومما يوجبه تنفيذ العقود بحسن نية من قبل أطرافها، الواردة في الفقرة الأولى من المادة (٢٠٢) في القانون المدني الأردني، وما تقول به المادة (٦٤)، من أن درء المضار أولى من كسب المنافع، وكل هذه المبادئ إنما يوجبها تحقيق العدالة بين طرفي العقود، بحيث لا تطغى حقوق احدهما على حقوق الآخر، وقواعد العدالة، هي إحدى مصادر القانون المدني الأردني، حيث ورد النص عليها في الفقرة الثالثة من المادة الثانية منه، وعليه فان ما يمكن اعتماده كقواعد وشروط لانسحاب الشريك، يتلخص بإعلام الشريك المنسحب لبقيتهم برغبته في ذلك، ودون أن تتحدد طريقة الإعلام هذا بشكل معين، وان لا يسيء الشريك استعمال حقه حسب القواعد الواردة في المادة (٦٦) مدني، وان يتوافر لديه حسن النية، وان لا يتم بوقت غير مناسب، بحيث يؤدي للإضرار بباقي الشركاء. ومحكمتنا ترى أن التثبت من توافر هذه الشروط، يتوجب أن يخضع لتقدير وتمحيص المحاكم، لا أن تترك للإرادة المنفردة للشريك، لان الإنسان ميال غالبا بطبعه لترجيح مصالحه، وقناعاته يبنيها على رؤيته الشخصية، مما يكون من أثره فقدان الموضوعية والعدل والمساواة، مما هو غير جائز وغير مقبول)[٤].

وهكذا يتضح أن القضاء قد أعتمد في القرار السابق لبطلان انسحاب الشريك مجموعة الشروط لتحقيق العدالة، من ضمنها أن يتوافر لدية حسن النية. ويؤكد القضاء في هذا القرار أن مبدأ حسن النية احد المبادئ التي يوجبها تحقيق العدالة بين طرفي العقد.

---

[1] – د.محمد وحيد الدين سوار، الغبن والاستغلال في القانون المدني الأردني، عدل العقد، مجلة نقابة المحامين، ملحق الأبحاث، ١٩٧٩،ص ٨٥-١١٤

[2] – تمييز حقوق ١٩٨١/٤٢٠، منشور على الصفحة (٣٤٦) من العدد (١٠) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٨٢)

[3] – د.بشار الملكاوي .تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية، مرجع سابق، ص٩

[4] – تمييز حقوق ١٩٩٨/٦٥٣، فصل بتاريخ ١٩٩٨/٤/٢٢، منشور على الصفحة (٣٦٥٢) من العدد (١٠) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٨)

وقد نصت الفقرة الأولي من المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني على انه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه ، و بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية " ، و في الفقرة الثانية من المادة ذاتها قرر المشرع الأردني انه " لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، و لكن يتناول ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف و طبيعة التصرف" و المشرع الأردني بهذا النص قرر قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وانه يكتسب قوته الملزمة بتوافق إرادتي طرفي العقد، و يصبح قانونا خاصا بهما، يجب تنفيذه بحسن نية، و بيَّنَ حدود هذه القوة من حيث الموضوع و الأشخاص. و أن الالتزام بحسن النية في التنفيذ يجد أساسه وحدوده في القوة الملزمة للعقد، وهذه القوة لا تفرض على المتعاقد أداء الالتزام كواقعة مادية فقط كفعل تسليم المبيع، بل أن هناك أصولا فنية، قانونية و أخلاقية، تتفرع عن القوه الملزمة يجب على المتعاقد أن يلتزم بها، إذا أراد أن يكون تنفيذه للعقد قانونيا يتفق و حسن النية، و بالتزامه بهذه الأصول يكون قد نفذ التزامه بحسن نية.

و قد أكدت محكمة التمييز الأردنية على هذا المعنى حين قضت " ونحن بدورنا نقر محكمة الاستئناف على ذلك ونضيف بان سلوك المدعي على هذا النحو يدل على سوء نية خلافاً لما أوجبه القانون بالمادة ٢٠٢ مدني من وجوب تنفيذ العقود طبقاً لما اشتملت عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهو سلوك تأباه العدالة والأخلاق فضلاً عن القانون "[1]. فمحكمة التمييز بذلك تكون قد ألزمت المتعاقد بما تفرضه الأخلاق السائدة في المجتمع حتى لو لم تكن مقننة بنص.

المطلب الثاني

مبدأ حسن النية يرتبط بمفهوم النظام العام والآداب

على الرغم من أهمية فكرة النظام العام والآداب ألعامه إلا أن جل التشريعات الحديثة لم تضع تعريفا واضحا ولم تحدد فكرته، وهذا هو الحال بالنسبة للمشرع الأردني الذي اكتفى

---

[1] – تمييز حقوق ٢٢٥٣/ ٢٠٠٢، والمنشور على صفحة رقم (١٥٤٨) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٥).

بالإشارة إلية بصورة عامة في معرض التأكيد على بطلان الاتفاقات الخاصة التي تعقد خلافا للقواعد القانونية المتعلقة به [١].

و مع ذلك فان الفقهاء قد حاولوا تقريب هذه الفكرة من الأذهان، حيث وجدوا أن أساس النظام العام هو فكرة المصلحة العامة. فقد ذهبوا إلى أن النظام العام هو مجموعة المصالح والأسس التي يقوم عليها كيان الجماعة، ولذلك لا يسمح للأفراد بمخالفة القواعد التي تتعلق بها ويجب عليهم احترامها، حتى ولو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، وإذا هم خرجوا عليها باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلا[٢]. كذلك تعرف بأنها "مجموعة القواعد التي تمس مصالح المجتمع و يقوم عليها كيانه، والتي تسود على مصالح الأفراد وتعلو عليها والتي لا يجوز لهم مخالفتها بأي شكل من الأشكال"[٣]

و فكرة الآداب العامة كفكرة النظام العام تعتبر فكرة نسبية تستعصي على التحديد الدقيق، وليس من اليسير وضع تعريف جامع يعطي صورة منضبطة عن ماهيتها ويحدد المقصود بها وقد ثار بشأنها خلاف كبير[٤]. وإذا كان المقصود بالآداب العامة قواعد الأخلاق فإننا لا نعني بذلك جميع قواعد الأخلاق لأن نطاق القانون يختلف عن نطاق الأخلاق، وإنما نقصد الأسس الخلقية التي تهدف إلى حماية الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة. ذلك أن بعض قواعد الأخلاق ليست محلاً لتنظيم قانوني، وهذه تستقل بنطاقها عن نطاق القانون، ولذلك لا تشمل الآداب جميع قواعد الأخلاق وإنما تشمل فقط ما يتصل بالمعيار أو الناموس الأدبي الذي تحرص الجماعة على عدم الإخلال به في العلاقات بين الأشخاص في المجتمع. فقواعد الأخلاق التي اندمجت في نطاق القواعد القانونية ورأت الجماعة انه لا يجوز الخروج عليها وتتعلق في ذات الوقت بالناموس الأدبي الذي يسود الروابط داخل المجتمع، تعتبر من قواعد الآداب العامة، وبالتالي هي قواعد آمرة لا يجوز للأشخاص الاتفاق على ما يخالف حكمها. و على هذا الأساس فإن قاعدة حسن النية قاعدة آمرة ملزمة لأنها من قواعد الآداب العامة التي تهدف إلى حماية الأصول الأساسية للأخلاق في الجماعة، فلا يجوز الاتفاق على

---

[1] – د .عوض الزعبي، مرجع سابق، ص ١٢٢

[2] – تنص المادة ٢/١٦٣ مدني أردني على أنه " فأن منع الشارع التعامل في شئ أو كان مخالفاً للنظام العام أو الاداب كان العقد باطلاً".

[3] – د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، دار وائل، ص ٥٤٤

[4] – د.أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٨٣، ص٥٤

مخالفتها.وقد حاول الفقهاء تقريبها للأذهان حيث قالوا أن المقصود بها " مجموعة الأصول والأسس الأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع واللازمة لبقائه وتماسكه في جماعة معينة وزمن معين وبعبارة أخرى هي مجموعة قواعد السلوك التي يتبعها الناس في كل مجتمع طبقا لناموس أدبي وخلقي يسود علاقاتهم الاجتماعية في الحياة، ويجدون أنفسهم مجبرين على احترامها ولا يباح لهم الخروج عن طريق الاتفاقات الخاصة[١]. و في تعريف جامع لفكرتي النظام العام والآداب العامة عرفه الفقه بأنة فكرة تعبر بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع [٢].

وقد أقرت محكمة التمييز " أن العقد غير المخالف للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة هو شريعة المتعاقدين"[٣]. و في هذا القرار تتضح أهمية فكرة النظام العام والآداب كقيد على مبدأ سلطان الإرادة فالمشرع نظم العلاقات العقدية بقواعد هي في الأصل قواعد تتعلق بالمصالح الخاصة الشخصية للأفراد ولا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم تعتبر قواعد مكملة يجوز الاتفاق على مخالفة أحكامها، ولكن هناك قواعد ضمن القواعد السابقة تتعلق بالنظام العام وتعتبر بالتالي قواعد آمرة. فتحريم الغش والتعسف والخداع، و وجوب إبرام وتنفيذ العقد وفقا لما تقضي به العدالة والوفاء بالالتزامات المترتبة بصورة كاملة وغير منقوصة، و وجوب أن يبقى التعادل العقدي متوافراً، وجواز تعديل الالتزام بسبب تغير الظروف، وأن يكون الباعث مشروعًا بحيث لا تتجه الإرادة لتحقيق أهداف غير مشروعة، كل هذا يصب في فكرة الالتزام بمبدأ حسن النية في العقد. فواجب الالتزام بحسن النية الذي نص عليه القانون " يخاطب المتعاقدين و القاضي و الغير ، ذلك أن احترام العقد واجب عليهم جميعا طالما انه قد تم ضمن حدود القانون و المشروعية[٤] . وتجدر الإشارة إلى أن فكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية، فهي تتسع و تضيق بحسب الأفكار السائدة في المجتمع، وهي تضيق في ظل المذاهب الفردية التي تعتد بحرية الفرد، بينما تتسع في ظل المبادئ الاشتراكية نتيجة لتدخل الدولة لذا تكثر القواعد الآمرة التي تحد من سلطان الإرادة[٥].

---

[1] – إدريس العلوي العبد اللاوي، المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،المغرب، ١٩٧٥، ص ٥١٤

[2] – د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٧٩

[3] – تمييز حقوق ١٨٨٢/ ٢٠٠٥، منشور على الصفحة (١٣٥٦) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٦)

[4] – د . طه احمد، مرجع سابق،ص٣٩

[5] – د.عبد المنعم فرج، المرجع السابق، ص ٧٧

وقد ربط المشرع الأردني مبدأ حسن النية بالنظام العام ولازم بينهما، والقصد من هذا الربط و التلازم بين مبدأ حسن النية وبين النظام العام هو إعلاء شأن مبدأ حسن النية وبيان أهميته وقد قصد المشرع الأردني من ربطهما وملازمتهما، إيضاح أن مبدأ حسن النية بمقتضياته من القواعد الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، والتي تمس مصالحه وتعلو فوق مصالح جميع الأفراد و لا يجوز لهم مخالفتها. لذا فعلى جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة ، فإذا هم خرجوا على هذا النظام باتفاق خاص وقع هذا الاتفاق باطلا[١]. وقد وضع المشرع الأردني إطارًا عامًا للقواعد التي تعتبر من النظام العام ، وأشار إلى بعض هذه القواعد، كالأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والإجراءات اللازمة للتصرف بالوقف وفي العقار ومال المحجور عليه ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري، وسائر القوانين التي تصدر لحماية المستهلك في الظروف الاستثنائية[٢]. ولتأكيد ارتباط مبدأ حسن النية بالنظام العام، لابد من توضيح طبيعة قواعد النظام العام وطرق تميزها عن غيرها من القواعد، وصولاً إلى إبراز حقيقة أن مبدأ حسن النية من قواعد النظام العام التي يقوم عليها كيان المجتمع، ولتحديد هذا الارتباط يجب التمييز بين نوعين من القواعد:النوع الأول القواعد المكملة أو المفسرة وهي التي توجه للأشخاص دون أن ينعدم في مواجهتها سلطان إرادتهم، فيستطيعون التحلل من أحكامها والاتفاق على مخالفتها وعدم الخضوع لأحكامها [٣]. فهذا النوع من القواعد لا يشكل قيدا على حرية الأفراد إذ يبقى سلطان إرادتهم إزاءها كاملا، بحيث يجوز لهم الخروج عليها والاتفاق على استبعاد أحكامها والأخذ بحكم مغاير، فإذا اتفقوا على حكم يخالف القاعدة القانونية المكملة كان اتفاقهم صحيحا ملزماً للطرفين وملزماً للقاضي أيضا، أما إذا سكتوا ولم يتفقوا على ما يخالف حكمها فإنها تسري عليهم.والنوع الثاني هو القواعد التي توجه إلى الأفراد بشكل أوامر أو نواهي. فينعدم في مواجهتها سلطان الإرادة فتتقيد بها حرية الأشخاص ويجبرون على احترامها والخضوع لها، ولا يستطيعون التحلل من أحكامها، ولو بالاتفاق فيما بينهم على مخالفتها[٤]. وقد سميت بهذا الاسم لأن الخطاب الموجه منها يصدر في صورة أمر أو صورة نهي، وهي ترد كقيد على حريات الأفراد بحيث لا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها، وكل اتفاق

---

[1] – د.عبد المنعم فرج، مرجع سابق، ص ٧٦

[2] – المادة ٣/١٦٣ من القانون المدني الأردني

[3] – د .عوض الزعبي، مرجع سابق، ص ١١٣

[4] –د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٧٠-٧١

من هذا القبيل يعتبر باطلا لا يعتد به فيما بين الطرفين ولا بالنسبة للقاضي. وللتمييز بين القاعدة القانونية الآمرة والقاعدة القانونية غير الآمرة، هنالك معياران معيار لفظي وآخر معنوي، والغاية من بحث هذين المعيارين بيان فيما إذا كان النص الذي يتبنى مبدأ حسن النية نصاً آمراً أو غير آمر، وبالتالي تحديد كون هذا المبدأ من النظام العام أم لا.

المعيار اللفظي: هو الذي يأخذ ألفاظ وعبارات النص كأساس للتمييز بين القاعدة القانونية الآمرة والقاعدة القانونية غير الآمرة فالنص الذي لا يوحي بأنه قاعدة آمرة ولا يتضمن صيغة الوجوب، أو ما يفيد بأنه لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، يكون نصًا مكملا أو مفسرًا، كالنص بأن نفقات تسليم المبيع تكون على البائع ما لم يوجد نص أو اتفاق بغير ذلك، أما إذا أراد المشرع التعبير عن القاعدة القانونية الآمرة، فإنه يعبر عن ذلك بأي لفظ يفيد الأمر أو النهي كأن يذكر مثلاً عدم جواز الاتفاق على مخالفة ذلك أو يذكر أن كل خروج عليها يقع باطلا أو يجعل عبارة النص بصيغة الأمر أو النهي، كأن يبدأ بكلمة يلزم أو يجب أو لا يجوز أو لا يصح، كالنص الذي يحرم التعامل بتركة إنسان على قيد الحياة. وقد يتضمن النص الآمر ما يوحي أو يشعر بأن القاعدة آمرة ضمنًا أو صراحة، كأن يبدأ النص بكلمة "يجب "أو بكلمة " لا يجوز"، كنص المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني التي قررت أنه يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"

المعيار المعنوي: المشرع ينظم مسائل تتعلق بإقامة النظام في المجتمع ومسائل تتعلق بكيانه ونظمه الأساسية. ويستقل المشرع وحده بتنظيمها ولا يصح أن يترك هذا التنظيم لإرادة الأفراد واختيارهم، فإذا تعلق مضمون النص بكيان المجتمع ومقوماته ومصالحه الأساسية وهو ما يعبر عنه بالنظام العام والآداب العامة، كانت القاعدة آمره، أما إذا كان مضمون النص ومعناه يتعلق بالمصالح الخاصة الفردية ويحميها ولا يمس النظام العام والآداب، كانت القاعدة مكمله، وهذا المعيار هو المعيار المعنوي، ويسمى معيار النظام العام والآداب العامة، لهذا فإن القواعد التي تتعلق بالمجتمع ومصالحة بحيث تؤدي إلى استقراره وإقامة النظام فيه تعتبر من قواعد بالنظام العام والآداب. لذلك فانه يمكن القول بأن مبدأ حسن النية من النظام العام وفقًا للمعيار اللفظي، لان النصوص التي تحض على الالتزام به نصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وقد تضمنت أيضًا صيغة الوجوب. كما يعتبر مبدأ حسن النية من النظام العام وفقًا للمعيار المعنوي.

فمبدأ حسن النية من المبادئ الأخلاقية الأساسية في المجتمع، التي قد تحولت إلى قواعد قانونية آمرة وملزمة لا يجوز مخالفتها باتفاق الأطراف . و بما أن القواعد المتعلقة بالنظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو قانونيـة تتعلـق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد[١]. فيجب على جميع الأفراد مراعـاة هـذه المصلحة وتحقيقها ، ولا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفها وحيث أن دائرة النظام العام و الآداب تتسع بحسب التطورات الاجتماعية و الاقتصادية و الأخلاقيـة، فـإن هـذا يعطـي للقاضـي صلاحيات واسعة في هذا المجال، ففي غير الحالات التي يتـدخل فيهـا المـشرع بمقتـضى نصوص يأخذ فيها بمقتضيات هذا التطور هناك حالات خاضعة لتقدير قاضي الموضوع فـي القضايا الواقعية التي تعرض علية، خاصة ان مرونة فكـرة النظـام العـام والآداب تعطـي للقاضي سلطة واسعة في تفسير النصوص القانونية وتحديد طبيعتها، وتلقي على عاتقها مهمـة تحقيق الملائمة بين النظام القانوني وتطور المجتمع، حتى تكاد أن تجعل منه مشرعا في هـذا النطاق، وهنا نلاحظ أهمية دور القاضي في تقدير ما يعتبر من النظام العـام ومـا لا يعتبـر، وعلى القاضي أن يستهدي بما يعتبر من النظام العام و الآداب العامة، لا على أساس آرائـه أو انطباعاته الخاصة وأفكاره الشخصية، وإنما يجب عليه أن يبني تقديره في تصوره لهذه الفكـرة على الإحساس العام للجماعة ومعيار اجتماعي عام لا يجرح الرأي العام للجماعة، لا معيـار ذاتي أو شخصي، ومن ثم فان الفصل فيما إذا كانت قاعدة أو مسالة معينة تتعلق بالنظام العـام أو بالآداب العامة مسالة قانونية يخضع قاضي الموضوع في تقديره لها لرقابة محكمة التمييز.

الفصل الثاني

مبدأ حسن النية وتطبيقاته خلال مرحلتي المفاوضات والتنفيذ

يعد مبدأ حسن النية من أهم المبادئ التي تحكم العقد خلال مراحل نشوئه وتنفيذه، وعليه فإن أطراف العقد ملزمين بالأخذ بكافة المستلزمات والعناصر التي يتطلبها هذا المبدأ خلال هذه المراحل. ولعل من أهم المراحل التي يمر بها العقد هي المرحلة التحضيرية التي تعرف بمرحلة المفاوضات، والتي من خلالها يسعى الأطراف في التعاقد إلى الوصول إلى نهاية طبيعية للعقد تتمثل في الوصول إلى إبرام العقد، ومن ثم تحقيق المصالح التي يرموا إليها من عملية التعاقد.

[1] – ديحي بني طه، مرجع سابق، ص١٧٤

ففي مرحلة المفاوضات يلعب مبدأ حسن النية دوراً كبيرا في تحديد الالتزامات الناشئة بين الأطراف. ومن هنا فإن على أطراف التعاقد عند تقريرهم الاستمرار أو الانسحاب أو العدول عن التفاوض الالتزام بحسن النية، وبمعنى آخر ضرورة أن لا تفضي تصرفاتهم خلال هذه المرحلة -لا سيما إذا تعلق الأمر بالعدول أو الانسحاب من المفاوضات- بأية أضرار إلى الطرف الأخر، علما بأن تطبيقات هذا المبدأ من قبل الأطراف المتفاوضة يلقى على عاتقهم مجموعة من الالتزامات التي تخضع لعملية تطور مستمرة، تبعا لتغيير ظروف منظومة القيم التي تسود في مجتمع ما، ومن أهم هذه الالتزامات الالتزام بالتعاون والسرية والحيطة وغيرها. ومن اجل معالجة القصور القانوني المتعلق في الجوانب القانونية التي تحكم المسؤولية المترتبة على أطراف التفاوض خلال المرحلة السابقة على التعاقد، باتت التشريعات الوطنية في معظم دول العالم تلزم أطراف التفاوض بإبرام عقود معينة تحمي حقوقهم، كعقد المحافظة على سرية المعلومات المتبادلة خلال مرحلة التعاقد. ولهذا سوف نسلط الضوء في هذا الفصل على مقتضيات حسن النية وسلامة الإرادة التعاقدية وفقا للقانون المدني الأردني، و أثار الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وفقا للمعيارين الشخصي والموضوعي، وتوضيح مدى صلاحيات القاضي في إلزام الأطراف بالالتزام بمبدأ حسن النية ومتطلباته في إبرام وتنفيذ هذه العقود، لذا سوف نقسم هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مبدأ حسن النية وتحديد الالتزامات الناشئة أثناء الفترة السابقة على التعاقد.

المبحث الثاني: مقتضيات حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود في ضوء القانون المدني الأردني.

المبحث الأول

مبدأ حسن النية وتحديد الالتزامات الناشئة أثناء الفترة السابقة على التعاقد

تعد مرحلة التفاوض من المراحل الهامة في حياة العقد، وهي تعتمد في نجاحها للتوصل للغاية المستقبلية المنشودة من قبل أطراف التعاقد على مدى جدية المفاوضات، وصدق وإخلاص المتعاقدين في عملية التفاوض. وعليه فإن أهم المبادئ التي تحكم وتضبط تصرفات المتعاقدين خلال هذه المرحلة هو مبدأ حسن النية من أجل الوصول إلى صيغة العقد النهائي، لأن أخذ أطراف التفاوض بهذا المبدأ يضمن لهم العمل تحت غطاء الحماية القانونية، ويتجلى مبدأ حسن

النية في هذه المرحلة من خلال الالتزامات المترتبة على عاتق كل متفاوض والغاية منها حماية الثقة المشروعة في المعاملات والوصول إلى الغاية المشروعة التي يرمي إليها كلا الطرفين

لذا يلتزم المتفاوض أثناء عمليات التفاوض بأن يبدي بوادر حسن النية تجاه الطرف الأخر في كل سلوكياته وتصرفاته، و أي مخالفة لهذا المبدأ أثناء مرحلة المفاوضات سيترتب عليها حتما نهاية غير طبيعية وهي عدم إتمام التعاقد. .

وعليه سوف نبحث في هذا السياق مبد أحسن النية والعدول عن التفاوض في **(المطلب الأول)** وثم نسلط الضوء على الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد في **(المطلب الثاني).**

المطلب الأول

مبدأ حسن النية والعدول عن التفاوض

تتميز مرحلة التفاوض بالإيجاب الذي يعرف بأنه :ذلك التعبير عن الإرادة البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه إذا لحقه قبول مطابق . وهو لا يكون كذلك إلا إذا صدر في صيغة عرض غير مشروط، متضمنا تحديدا واضحا لكل الأركان الرئيسية للرابطة المزمع إنشاؤها. فالذي يميز الإيجاب عن الدخول في مفاوضات في سبيل الوصول إلى عقد معين

هو وجود أو عدم وجود النية القاطعة في الارتباط بالتعاقد، فإن وجدت هذه النية كنا أمام إيجاب بات، وان لم توجد كنا أمام مجرد دعوة للدخول في مفاوضات[١].

وعلى الرغم من أن المرحلة السابقة على التعاقد، تأتي في سياق التحضير والإعداد والتمهيد للتعاقد المستقبلي، إلا أن هذه المرحلة لم تترك للتنظيم العشوائي فهي تحتكم إلى مبدأ حسن النية في التصرفات والتعاملات العقدية، وذلك من اجل ضمان أطراف المفاوضات لحقوقهم وصولا إلى إمكانية إبرام العقد من عدمه، وذلك لأن فكرة حسن النية تأتي في سياق العلاقة بين القانون والأخلاق فهي تشكل نقطة اتصال وامتزاج بينهما، والاعتداد بها يكفل موافقة القانون لقواعد الأخلاق على نحو أفضل، كما أنها تعد وسيلة لتطبيق القاعدة القانونية[٢]. ليس فقط أثناء تنفيذ العقود، بل أيضا عند تكوينها وفي مرحلة التفاوض على شروطها المستقبلية.

ونلاحظ أن معظم التشريعات القانونية أخذت بفكرة مبدأ حسن النية وعملت على تطبيقها في كافة مراحل العقد، وعملت على تجسيدها كمبدأ أساسي في قوانينها وتشريعاتها الداخلية وفي إطار تطبيقات عديدة ومتنوعة لها، ومع ذلك لا يوجد اتفاق عالمي لدى الفقه القانوني العالمي وحتى القضاء في النظرة الموحدة لماهية ومفهوم فكرة حسن النية[٣]، وفي هذا السياق وقبل تحديد أثر مبدأ حسن النية في العدول عن التفاوض خلال المرحلة السابقة على التعاقد وما يترتب عليها من أثار قانونية في تحديد مستقبل العلاقة التعاقدية بين أطراف التفاوض، نجد انه من الضروري تسليط الضوء على النظرة الشخصية والموضوعية لمبدأ حسن النية في كافة التطبيقات العالمية لهذا المبدأ على النحو التالي:

أولا : الأساس الشخصي لفكرة حسن النية:

أن أهم ما يميز فكرة حسن النية في المعاملات العقدية، أنها تقوم على أساس أخلاقي ومسلكي، وترتبط ارتباطا وثيقا بالظروف والحالات التي تترك آثاراً جوهرية على سلوكيات المتعاقدين وتصرفاتهم أثناء مراحل العقد المختلفة، وعليه فإن الأوضاع النفسية والذهنية للمتعاقد

1- انظر :د .عبد المنعم البد راوي-النظرية العامة للالتزامات-مصادر الالتزام-، 1980، ص192 .

2- محمد حسين عبد العال ،التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ،دراسة تحليلية مقارنة ،دار النهضة العربية ،القاهرة ، ١٩٩٨ ،ص١٢١.

3- علاء حسين الجوعاني ،مبدأ حسن النية في تكوين العقود ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة النهرين، العراق،٢٠٠٢،ص٣،٤.

تعتبر محل اهتمام القانون في تحديد الالتزامات العقدية على طرفي العقد[١]. ومن هنا فإن الطبيب عند تشخيصه الخاطئ لحالة المريض يكون قد ارتكب خطئا نتيجة لحالة ذهنية ولدت اعتقاده الخاطئ بشأن واقعة التشخيص الطبي، لذا يمكن وصف فكرة حسن النية بناء على هذا التفسير بأنها حالة ذاتية تنبثق عن ظروف نفسية أو ذهنية سلبية تعود إلى الجهل أو عدم العلم بخصوص تفسير واقعة ما.

وفي هذا السياق، نلاحظ أن المشرع الأردني اخذ بالنهج الذاتي والشخصي في التعامل مع فكرة حسن النية في نطاق التعاملات والتصرفات العقدية، وتظهر بوادر الأخذ بهذا المذهب في نص المادة (١١٧٦) من القانون المدني الأردني التي تؤكد على أنه "يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، و يفترض حسن النية ما لم يقم الدليل على غيره ". الواضح من هذا النص أن معيار حسن النية في القانون الأردني هو معيار شخصي، أي يعول فيه على اعتقاد الحائز للشيء شخصياً وليس ما يمكن أن يعتقد الشخص المعتاد فيما لو وجد في نفس الظروف[٢].

ثانيا : : الأساس الموضوعي لفكرة حسن النية:

تبعا للمعيار الموضوعي فإن فكرة حسن النية تقوم على أساس أخلاقي يتطلب أن تكون تصرفات وسلوكيات المتعاقدين مؤسسة على قيم نبيلة كالصدق والإخلاص والأمانة والنزاهة في كافة التعاملات العقدية السابقة واللاحقة على إبرام العقد[٣]. ومن هنا فإن فكرة حسن النية تقوم

1- حسين بن سليمة ،حسن النية في تنفيذ العقود ،الطبعة الأولى ،تونس ١٩٩٣ ،ص٢٣.

2- علي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني " الحقوق العينية"، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ١٧٤.

3- عبد الجبار صالح الملا ،مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٣،ص٢٢.

على أساس أخلاقي ضابط لسلوك الفرد ويتم قياسه من خلال الظروف الواقعية ومنظومة القيم التي تسود في المجتمع [١] .

وعليه فإن فكرة حسن النية تعد وفقا لهذا المفهوم قاعدة سلوكية تحرك تصرفات الأشخاص في تعاملاتهم ليس فقط في نطاق العقود وإنما في كافة مناحي الحياة، وقد تبنى المشرع الأردني هذا الأمر في كافة المعاملات القانونية الخاصة بتفسير العقود أو تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها، حيث تنص المادة (٢٠٢ /١) من القانون الأردني على وجوب تنفيذ العقود وفقا لما ينطوي عليه وبصورة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. وعلى الرغم أن معظم التشريعات المحلية للدول لا تنطوي على نصوص وأحكام خاصة تنظم هذا المبدأ على سبيل الاستقلال وآثاره القانونية لا سيما في مرحلة التفاوض التي تسبق التعاقد، باستثناء بعض التشريعات[٢]. ومع ذلك نلاحظ أن الوضع على الصعيد الدولي يختلف إلى حد ما، خاصة فيما يتعلق بمرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد، حيث تنص المادة (٥/٢) من النظام الموحد لمبادئ روما حول عقود التجارة الدولية على مبدأ حسن النية في التفاوض صراحة على انه:

١ - يتمتع كل طرف بحرية التفاوض ولا يعد مسئولا عن عدم التوصل إلى أتفاق.

٢ - إنّ الطرف الذي يقوم بالتفاوض أو يقوم بقطع مفاوضاته بسوء نية ،يكون مسئولا عن الخسائر التي يتكبدها الطرف الثاني .

٣ - إنّ الدخول في مفاوضات أو الاستمرار فيها من قبل الطرف الذي لا ينوي التوصل إلى أتفاق مع الطرف الأخر يعد تصرفاً مقروناً بسوء نية[٣].

والسؤال الذي يثور هنا، هل مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود واجب التطبيق فقط على المعاملات العقدية اللاحقة لإبرام العقود، أم انه قابل للتطبيق أيضا على مرحلة التفاوض السابقة على العقد؟

1- سمير عبد المنعم أبو العنين، أصول الأخلاق الدولية، الطبعة الأولى، القاهرة ،١٩٨٩،ص٦١ وما بعدها .

2- وعلى سبيل المثال من هذه القوانين القانون المدني الإيطالي نص المادة (١٣٣٧) على أنه "يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وإبرام العقد ،بالتعامل بما يتفق وحسن النية "

3- أنظر يزيد انيس نصير ،بحث بعنوان "مرحلة ما قبل إبرام العقد "،دراسة مقارنة ،الجزء الثاني ،عقد التفاوض بحسن نية ،ص١٦ ،هامش رقم ٥٣.

وهنا نلاحظ أن هناك توجها عاما لدى فقهاء القانون بوجوب تطبيق فكرة حسن النية ليس فقط على المعاملات المتعلقة بتنفيذ العقود، بل أيضا على المراحل السابقة على العقد ولا سيما مرحلة التفاوض. لذا فإن عدم النص صراحة على تطبيق مبدأ حسن النية على العلاقات السابقة على إبرام العقد وخلال مرحلة التفاوض تمثل نقصاً تشريعيا يشوب القانون، ولعل المشرع الأردني تلافي هذا الأمر فالمادة (٢/٩٢٧) من القانون المدني تلزم من يرغب في إبرام عقد التأمين بتقديم البيانات المتعلقة بالخطر قبل أبرام العقد(١).

وعليه فإن عدول الأطراف عن التعاقد أثناء مرحلة التعاقد تعد حقا للأطراف ولكن لا يجوز لهم التعسف فيها أو استخدامه بصورة تؤدي إلى الإضرار بالطرف الأخر في التفاوض، وبهذا فإن حق العدول هنا ليس حقاً مطلقاً وإنما يخضع لبعض القيود التي يفرضها عليه مبدأ حسن النية في التعامل(٢)، وهذا المبدأ يفترض أن يكون عدول احد أطراف التعاقد لسبب وباعث مشروع، وليس للإضرار بالطرف الأخر بسوء النية(٣).

المطلب الثاني

الالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد

يفرض مبدأ حسن النية على أطراف التفاوض جملة من الالتزامات الايجابية التي تهدف إلى ضبط سلوكياتهم من اجل الوصول بهذه المرحلة إلى نهاية طبيعية وهي إبرام العقد، ومع ذلك نلاحظ أن تطبيق الالتزامات التي يفرضها هذا المبدأ لم تحددها التشريعات وفي بعض الأحيان لم تعالجها، وهو ما حدا فقهاء القانون إلى التصدي لهذه المسألة في تحديد إطار وماهية

1- أنظر د. غازي أبو عرابي، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر الانترنت، مجلة دراسات الأردنية عدد (٣٤) ملحق ٣٤ لسنة ٢٠٠٧.

2- د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، ٢٠٠٤، ص٣٢٦.

3-د. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق. ص٣٢٦

الواجبات والحقوق التي يفرضها مبدأ حسن النية على أطراف التفاوض في المرحلة السابقة على التعاقد.

إن الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية تعتبر من الالتزامات التي جاءت بها الاجتهادات الفقهية وأكدت عليها الأحكام القضائية، وهذه الالتزامات تتطلب من أطراف التفاوض عدم مخالفتها أثناء مرحلة التفاوض، وهي في ذاتها التزامات تتفرع من مبدأ أساسي وهو مبدأ حسن النية، وبالتالي فإن انتهاكها وعدم الوفاء بها يعد انتهاكا لمبدأ حسن النية ويرتب مسؤوليات قانونية على الطرف الذي يخل بهذه الالتزامات.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية على أطراف التفاوض كنتاج للاجتهادات الفقهية والقضائية، أنما هي التزامات قابلة للتطوير والتوسع وذلك لأنها ترتبط ارتباطا وثيقاً بمنظومة القيم التي تسود في المجتمع وهذه المنظومة تتغير بتغير ظروف المجتمع ومتطلباته(1). بالإضافة إلى ذلك، فإن التزامات مبدأ حسن النية أحيانا تفرضها ظروف التعامل والتفاوض، وبالتالي نجد أنها قد تختلف من حالة تفاوض إلى أخرى تبعا لظروف كل منها على حده شريطة أن يكون هناك تناغم وانسجام لهذا الالتزام مع أصل فكرة حسن النية، حتى يمكن تطبيقها على المتعاقدين في المرحلة السابقة على التعاقد.

ويمكن لنا أن نوضح الالتزامات إلى يفرضها مبدأ حسن النية على أطراف التفاوض في المرحلة السابقة على التعاقد من خلال التركيز على أهمها وأكثرها شيوعاً في التطبيق، وهي التزامات تفرض آثارا قانونية على الطرف الذي يقوم بانتهاكها والإخلال بها، وذلك على النحو التالي:

أولا: الالتزام بالأعلام

وفقا لمبدأ حسن النية فإن على أطراف التعاقد الالتزام بعدم الكتمان بمعنى الإفصاح عن كافة الحيثيات والوقائع القانونية وغير القانونية الخاصة بالتفاوض والمعلومات التي تفيد الطرف

---

(1) تلعب العادات والتقاليد والقيم التي تسود في المجتمع دورا هاما في تحديد نطاق وسياق الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية خاصة تلك المتعلقة بقيم الصدق والإخلاص والأمانة والنزاهة والتعاون والحيطة والإعلام واحترام الطرف الأخر وغيرها". أنظر في هذا الصدد د. السيد محمد السيد عمران، الإعلام بالالتزام الالكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.liec-edu.com (تمت زيارته بتاريخ ٢٠١٠/١٠/٢٧).

الأخر في التفاوض وتمكنه من تقرير الاستمرار أو عدم الاستمرار في عملية التفاوض[1]. وعليه فإن تطبيقات مبدأ حسن النية تلزم أطراف التعاقد بالإفصاح عن كافة المعلومات التي تلعب دوراً أساسيا في تكوين قناعات الطرف الأخر في الوصول إلى نهاية طبيعية أو غير طبيعية لعملية التفاوض، لا سيما إذا كانت عملية التفاوض تدور حول أمور تقنية أو تكنولوجية لا يعلم بها الطرف الأخر في التفاوض[2].

ولقد أدخل المشرع الأردني تحديثات جديدة على هذه المسألة في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في سنة (٢٠٠١) وهي خطوة موفقة لاسيما عندما نص صراحة على الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الانترنت، في الفقرة (أ) من المادة (١٧) من هذا القانون " تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك. وعليه نلاحظ أن نص هذه الفقرة يميز بين عدة فرضيات [3]:

الفرض الأول: فيه يتفق المنشئ أو المرسل إليه على مكان وزمان الإرسال والاستلام أي الوقت والمكان الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب، **والفرض الثاني**: أن ينطبق حكم القانون بوصف قاعدة مكملة ابتداء طالماً لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك، **أما الفرض الثالث** إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات معين لاستلام الرسائل الإلكترونية، فإن العقد ينعقد في الوقت الذي تدخل فيه رسالة القبول الإلكترونية.

وقد استخدم المشرع الأردني عبارة دخول رسالة البيانات إلى نظام التابع للمرسل إليه ويقصد بذلك أن هذا الوقت هو الذي تصبح فيه رسالة البيانات متوفرة وقابلة للمعالجة والعرض داخل نظام معلومات المرسل إليه.لذا فإن وقت وصول رسالة البريد الإلكتروني التي أرسلها

1- نص المشرع المصري في التشريع التجاري المصري لعام ١٩٩٩ في المادة (٧٦) وتحت الفصل الأول: باسم نقل التكنولوجيا على أنه يلتزم مورد التكنولوجيا بأن يكشف للمستورد في العقد أو خلال المفاوضات التي تسبق إبرامه عما يلي ..... الخ انظر في ذلك: محمد أبو السعد، التعليق على نصوص قانون التجارة الجديد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص٧٢ وما بعدها .

2- نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات العقدية ـــ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ص٣٠٠ وما بعدها، وكذلك أنظر ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته، الطبعة الأولى، المكتب الفني للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص٢٨٠.

3- أنظر في هذا الصدد د. غازي أبو عرابي، الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الإنترنت، الجامعة الأردنية، العدد ٣٤، ٢٠٠٧.

المشتري ليخطر البائع بقبوله عقد البيع ويحدده برنامج البريد الإلكتروني باليوم و الساعة والثانية يكون هو وقت إبرام عقد البيع و المقصود بالاستلام، هو وقت دخول الرسالة لصندوق البريد الإلكتروني بصرف النظر عن تاريخ علم الموجب بها.

ولعل أهم ما يميز هذا الالتزام بأنه خاص بمرحلة التفاوض، حيث يفرض على أطراف التفاوض أثناء هذه المرحلة دون الامتداد إلى المراحل الأخرى[١]، فأطراف التعاقد في مرحلة التفاوض يؤسسوا قرارهم بالاستمرار في عملية التفاوض بناء على المعلومات التي تحصلوا عليها من التفاوض، لا سيما كما اشرنا في حال إذا كان التفاوض على أمور تقنية في التعاقد يجهلها الطرف الأخر، فهنا يكون الطرف الثاني ملزما بتوضيح كافة الجوانب التقنية وبصورة مبسطة تتفق و إدراك وفهم الطرف الأخر حول كافة الحيثيات الضرورية لهذه الجوانب التقنية، وذلك للتخلص من حالة عدم التوازن في الجانب المعرفي بين طرفي التعاقد ومن اجل الوصول إلى تحقيق ما تعرف بالعدالة العقدية[٢].

ويلعب التزام بالإعلام في مرحلة التفاوض دور هام في سد الثغرات التي تنطوي عليها نظرية عيوب الإرادة[٣]. خاصة وان هذه النظرية لا يمكن تطبيقها إلا في حالات معينة تتعلق بتوافر الغلط، أو الإكراه أو التغرير المقترن بالغبن الفاحش الذي يعلم به الطرف الأخر في التعاقد، وهذه عيوب لا يمكن التمسك بها خلال مرحلة التفاوض وإنما تثور في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد، وهو ما يرتب المسؤولية على الطرف المتسبب بموجبها، في حين نلاحظ أن الكتمان وعدم الإفصاح من قبل أحد أطراف التفاوض خلال مرحلة التفاوض تستحوذ على اهتمام كبير لما لهذا الكتمان من دور في التأثير على إرادة الطرف المتعاقد في تكوين قناعاته واتخاذ القرار بشأن الاستمرار أو عدم الاستمرار في عملية التفاوض. ومع ذلك، فإن الالتزام بالإعلام خلال مرحلة التفاوض لا تعالجها نظرية نطاق نظرية عيوب الإرادة، لأنه لا يوجد عقد أصلا في تلك المرحلة[٤]. وهناك اختلاف جلي بين الالتزام التعاقدي وغير التعاقدي بخصوص إعلام الطرف الأخر بالمعلومات الأساسية والضرورية لتحديد قبول الطرف الأخر وتكوين إرادته، ويمكن لنا أن نوضح أوجه وصور هذا الاختلاف على النحو التالي:

1- ممدوح محمد مبروك ، مرجع سابق ،ص٢٠٠،٢٠١.

2 - د. محمد إبراهيم الدسوقي، دور الإرادة في العقد، دون مكان نشر، ١٩٨٠، ص٧٧

3- د.حسام الدين كامل الأهواني ،مقالة بعنوان "المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل أعداد العقد الدولي "مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ،العدد الثاني ،يوليو /١٩٩٦،السنة ٣٨ ،ص١٨.

4- د. محمد إبراهيم دسوقي ،مرجع سابق ،ص٧٧.

أ - إن لالتزام التعاقدي وغير التعاقدي بالإعلام سواء في مرحلة إبرام العقد أو التفاوض السابقة للعقد، ينطوي على ذات الواجب في ضرورة أن يقوم الأطراف بالإفصاح والإعلام والإرشاد إلى كافة المعلومات الخاصة بعملية التعاقد أو التفاوض والتي من شأنها أن تساعد الأطراف في اتخاذ قراراتها بشأن هذه العملية(١). ومع ذلك هناك اختلافات تبرز بين الالتزامين، فالتزام المتفاوض بالإفصاح عن كافة المعلومات والبيانات المتعلقة بمرحلة التفاوض هي التزامات سابقة على عملية التعاقد، وبالتالي فإن مصدرها ليس العقد، وإنما تطبيقات مبدأ حسن النية الذي تفرضه القواعد الأخلاقية وتعكسه منظومة القواعد الاجتماعية والثقافية والاقتصادية التي تسود في مجتمع معين(٢).

والالتزامات السابقة على التعاقد في الأغلب غير ملزمة وفقا لمقتضيات القانون، ولكن مصالح الأفراد تجد مظلتها في الحماية هنا في مبدأ حسن النية وما يتطلبه من السلوك والتصرف بحسن نوايا لا تضر بالطرف الأخر ولا تسبب له الخسارة أو تفوت عليه مصالح مشروعة يسعى إلى تحقيقها، و وفقا لهذا فإن التزام أطراف التفاوض خلال مرحلة التفاوض بالإعلام خلال عمليات التفاوض السابقة على عملية التعاقد هي التزامات غير عقدية.

ويختلف الالتزام العقدي عن الالتزامات غير العقدية لأطراف التفاوض في المرحلة السابقة على عملية التعاقد من حيث طبيعتها ومصدرها، خاصة وأن هذا النوع من الالتزامات يأخذ صور التعهد من قبل احد أطراف العلاقة العقدية بتقديم النصح والإرشاد والاستشارة للطرف الأخر من اجل إتمام عملية تنفيذ العقد، وعليه فإن طبيعة الالتزام العقدي تتمثل بتنفيذ عقد صحيح الأركان، يفرض على الأطراف تقديم كافة المعلومات والبيانات والوقائع التي تيسر على طرفي العقد إمكانية تنفيذ التزاماتهم، لا سيما في حال اختلال التوازن المعرفي أو التقني أو التخصصي أو القانوني لصالح طرف ضد أخر في العقد(٣). ففي حين أن الالتزام غير العقدي يبدأ وينتهي خلال مرحلة التفاوض ولا يتجاوز في آثاره هذه المرحلة، إلا أن الالتزام العقدي

1- د.سعد سعيد عبد السلام ،الالتزام بالإفصاح في العقود ،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية ،١٩٩٩ ،ص٤٤.

2- د. نزيه محمد صادق المهدي ،المرجع السابق ،ص١١.

3-د. سعيد سعد عبد السلام ،المرجع السابق ،ص٤٥.

وكذلك نزيه محمد الصادق المهدي ،المرجع السابق ،ص١١،١٢.

يأتي في مرحلة لاحقة على إبرام العقد ويدخل في مرحلة تنفيذ العقد من قبل أطرافه [١]. وعليه يمكن القول بأن مصدر الالتزام العقدي بالإفصاح والإعلام وما يفرضه من التزامات على أطرافه يستند لمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض ما لم يبرم العقد بعد.

وفي السياق ذاته، يختلف الهدف الذي سعي المتعاقد إلى تحقيقه من خلال الالتزامات غير التعاقدية في مرحلة التفاوض عن تلك التي ترمي التي تحقيقها الالتزامات التعاقدية، فالالتزام بالإعلام في الأولى يهدف إلى إحاطة المتفاوض بالمعلومات والبيانات كافة المتعلقة بمحل العقد المستقبلي الذي يرغب في الوصول إلى نهاية طبيعية بشأنه[٢]. في المقابل فإن هدف الالتزام بالأعلام في النوع الثاني من الالتزامات هو ضرورة تقديم كافة المعلومات والبيانات التي من شأنها توجه الطرف الأخر في العلاقة العقدية، لا سيما إذا كانت هذه المعلومات ليست ضمن إدراك وفهم الإنسان العادي، كما لو كانت ذات طابع تقني أو تكنولوجي أو علمي والتي من دون العلم بها وإدراكها وتحليلها لا يمكن للطرف الذي يحتاجها أن يصل إلى قرار نهائي بشأن عملية التعاقد [٣]. وعليه فإن الإخلال بالالتزام العقدي الخاص بالإعلام يرتب مسؤولية عقدية، في حين انه لا يرتب مسؤولية إذا تعلق الأمر بالتزام غير تعاقدي[٤]. وفي هذه الحالة فإن المسؤولية يكون أساسها عيب في الرضا، وبناء على هذا يمكن للطرف الأخر أن يطلب أبطال العقد، أو التعويض تبعا لأحكام المسؤولية التقصيرية .

ب - التمييز بين الالتزام قبل التعاقدي بالأعلام والالتزام بالتحذير

إن الالتزام بالتحذير عادة ما يكون في العلاقات التعاقدية التي يكون محلها منتجات سلعية تنطوي على خطورة معينة ترتبط بالاستخدام، الاستغلال أو الصيانة، ومن هنا فإن على الطرف المنتج أو المزود في العقد إعلام الطرف الأخر في العقد بكافة البيانات والمعلومات الخاصة بماهية ونطاق الخطورة التي تحتوى عليها مثل هذه المنتجات محل التعاقد، وفي هذا

1- د.خالد جمال احمد حسن ،الالتزام بالأعلام قبل التعاقد، رسالة لنيل درجة الدكتوراه ،كلية الحقوق جامعة اسيوط ،١٩٩٦،ص٩٩.

2- د.حسن عبد الباسط جميعي،حماية المستهلك (الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك ،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية ،١٩٩٦،ص١٧.

3- نزيه محمد الصادق المهدي ،مرجع سابق ،الصفحة نفسها .

4- خالد جمال احمد،مرجع سابق ،ص٩٩. وكذلك سعيد سعد عبد السلام ،مرجع سابق ،ص٤٧.

الصدد جاء مشروع قانون حماية المستهلك الأردني لينظم الكثير من أسس تداول وتوزيع السلع مثل أن تكون السلعة مطابقة للقواعد الفنية المعتمدة والشروط الخاصة المتعلقة بها بما في ذلك معلومات بطاقة البيان، وإلزام المزود بأن يتأكد من مطابقتها لتلك القواعد، كما يكون المزود مسئولا عن الضرر الناجم عن استخدام أو استهلاك السلعة التي لا تتوافر فيها شروط السلامة والصحة للمستهلك، وأن يرفق بكل سلعة يشكل استعمالها خطورة تحذير يبين أوجه الخطورة وطرق الاستعمال المثلى بشكل واضح[1].

وعليه يلتزم البائع بتزويد المستهلك أو الشخص القابل بالمعلومات اللازمة قبل إبرام العقد وإحاطته بمقدار الشيء ونوعه والثمن إذا لزم الأمر ذلك، فعلي سبيل المثال إذا قام البائع بعرض صورة عادية للشيء المراد بيعه أو إذا أخذت لنفس الشيء صورة معالجة بالتقنية ثلاثية الأبعاد، **فهل يكون العرض في كلتا الحالتين متشابها؟** وكما اشرنا سابقا فإن قانون المعاملات الالكترونية الأردني لعام (٢٠٠١) نص على أن الإيجاب في العقود التجارية الإلكترونية، يكون من خلال الإيجاب الموجه عبر البريد الإلكتروني، والمواقع الإلكترونية، والمحادثة على الشات. ويعرف تشريع إمارة دبي الرسالة الإلكترونية بأنها: "معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكـــترونية، أيا كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه"[2].

وهنا يمكن القول بأن الالتزام بالإعلام والإفصاح عن جوانب الخطورة التي تنطوي عليها الأشياء محل التعاقد تشبه إلى حد كبير الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على العقد، والذي يعتبر التزام غير تعاقدي إلا انه كالتزام تعاقدي يرتب مسؤولية تستوجب بطلان العقد أو التعويض، وهو ما لا يتوفر في الالتزام بالإفصاح في مرحلة التفاوض، ومع ذلك فإن الالتزام بالتحذير غير محدد من حيث وقت نشوءه، في حين أن الالتزام بالإعلام ينشئ مع مرحلة التفاوض ابتدأ وانتهاءً.

ويرى البعض بأن الالتزام بالتحذير لا يختلف عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من حيث نشوؤهما يأتي في مرحلة ما قبل التعاقد أو في مرحلة سابقة على التعاقد، بمعني أن الالتزام بالتحذير هو من متطلبات وصور الالتزام بالإعلام وهو التزام غير تعاقدي ينشأ خلال مرحلة

1- أنظر مشروع قانون حماية المستهلك لعام ٢٠٠٧، والذي يحتوي على ٤٨ مادة.

2- أنظر: المادة ٠٢ فقرة ١٠ من قانون إمارة دبي رقم ٠٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

التفاوض وفقا لمقتضيات حسن النية في التعاملات العقدية السابقة واللاحقة على إبرام العقد[١]. وفي الوقت ذاته يرى اتجاه أخر بأن الالتزام بالتحذير في طبيعته ومصدره إنما هو التزام عقدي تابع ومكمل للالتزام الأصلي، تفرضه طبيعة العقد القانونية، وبالتالي فإن واجب الإفصاح والإدلاء الذي يفرضه على أطراف العقد إنما يتعلق بمعلومات قانونية أو مادية خاصة تتعلق بخطورة المنتج أو الشيء محل التعاقد[٢].

وهو ما لم يمكن تصوره خلال مرحلة ما قبل التعاقد ووفقا لالتزام الإفصاح والإعلام عن المعلومات التفاوضية خلال المرحلة السابقة على العقد فهو غير محدد الإطار الكمي أو النوعي، وعليه فإن نطاق المعلومات والبيانات الواجب الإدلاء بها تبعاً لالتزام الأعلام خلال مرحلة التفاوض تتسع وتضيق وفقا لطبيعة كل حالة تفاوض على حده، في حين أن نطاق الإدلاء بهذه المعلومات وفقا لالتزام التحذير تكون محددة بصفة الخطورة التي ينطوي عليها الشيء محل التعاقد[٣].

فمبدأ حسن النية خلال مرحلة التعاقد يفرض على أي من أطراف التعاقد التزام بوجوب التحذير من مخاطر إبرام العقد وتقع عليه مسؤولية أن يطلب من الطرف الأخر التوقف عن الاستمرار في عملية التعاقد إذا كانت هناك خطورة محققة يعلم بها علماً مسبقا. وهذا ما ذهبت إليه المحاكم الفرنسية في إحدى القضايا حيث قررت المسؤولية القانونية الكاملة عن عدم التزام المدين بتحذير الدائن عن طبيعة المواد محل التعاقد، من حيث أنها قابلة للاشتعال ، خاصة وأن الطرف الأخر حاول بالحصول على هذه المعلومات إلا أن محاولاته باءت بالفشل [٤].

ج - التمييز بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي والتعاقدي .

1- د. محمد شكري سرور ،مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ،الطبعة الأولى ،دار الفكر العربي ،القاهرة ،١٩٨٣،ص٢٩.

وينظر كذلك د.علي سيد حسن ،الالتزام بالسلامة في عقد البيع (دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٩٠،ص١٠٤.

2- د.سعيد سعد عبد السلام ،المرجع السابق ،ص٥٠، وكذلك نزيه محمد الصادق المهدي ،المرجع السابق ،ص١٧.

3- د.سعيد سعد عبد السلام ،المرجع أعلاه ،ص٥٧.

4- نقلا عن علاء حسين الجوعاني ،المرجع السابق ،ص٣٩، وكذلك أشار إليها د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٩٠،ص١٠١،١٠٣.

هناك اتحاد بين الالتزامين من حيث أن كلاهما يهدف إلى تحقيق ذات الغاية وهي توضيح الجوانب المادية والقانونية للطرف الأخر بشأن محل الالتزام، وهذه الغاية تأخذ الطابع الإرشادي أو التبصيري للطرف من اجل مساعدته في اتخاذ القرار المناسب بشأن الاستمرار في عملية التفاوض وصولا لإبرام العقد في مرحلة التفاوض، أو التنفيذ في المرحلة اللاحقة على التعاقد(١). ويتمحور الاختلاف بين الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام عن الالتزام التعاقدي بالإعلام، من حيث نشوء الأول يكون خلال مرحلة ما قبل العقد، في حين أن الثاني ينشئ في فترة مباشرة بعد إبرام العقد(٢) ، ويترتب على الإخلال بالأول مسؤولية تقصيرية قد تؤدي إلى إبطال العقد محل التفاوض إذا تم إبرامه ، ويترتب على الإخلال بالثاني نشوء المسؤولية العقدية التي ترتب التنفيذ العيني في حال توفر الشروط التي يتطلبها القانون أو فسخ العقد أو الدفع بعدم التنفيذ.

ثانياً : الالتزام بالاستعلام

من المعلوم أن الالتزام بالإعلام سواء كان تعاقدي أو غير تعاقدي يفرض التزامات متبادلة على أطراف التعاقد، وعليه فإن هناك التزام على احد الأطراف بإعلام الطرف الأخر بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية المتعلقة بعملية التعاقد، في حين يقع على الطرف الأخر التزام بالاستعلام. وفي هذا الخصوص فإن مبدأ حسن النية يفرض خلال مرحلة التفاوض بشأن العقد المزمع إبرامه التزاما باليقظة والانتباه، من كافة أطراف التفاوض، وأنه ليس من العدالة أن نضع على عاتق احد الأطراف التزامات متعددة من أهمها الإفضاء بالعيوب والبيانات الأساسية التي يحتاجها الطرف الأخر، حتى يقبل التعاقد، بل أيضا لا بد من فرض التزامات على الطرف الثاني بضرورة اليقظة والانتباه والتحري والاستعلام(٣). ومن هنا فإنه يقع على أطراف التفاوض في المرحلة السابقة على العقد و على أطراف التعاقد ضرورة اليقظة والحرص والاهتمام بكل الجوانب التي تحيط بعملية التفاوض أو التعاقد، وضرورة الاستعلام عنها من قبل الطرف الأخر

1- د.خالد جمال احمد ،المرجع السابق ،ص١٠٣ .

2- ولمزيد من التفصيل ينظر د.نزيه محمد الصادق المهدي ،المرجع السابق ،ص٣٨ اذ جعل معيار التمييز بين الالتزامين هو وقت تطلب هذا الالتزام فإن كان ذلك قبل إبرام العقد كان التزاماً قبل التعاقدي بالأعلام وأن كان يرتبط بسائر الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد بعد إبرام العقد أو أثناء تنفيذه فهو التزام تعاقدي بالأعلام.

3- د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص٣٣٢.

في التفاوض أو التعاقد ، و وجوب تقصي الحقائق الهامة بشأنها والتي تساهم بشكل أساسي في تكوين قناعاته التعاقدية وبالتالي تقوده نحو اتخاذ قرار التعاقد [١].

ويرى بعض الفقه أن " التفاوض على عقد البيع يجب على مريد الشراء أن يقوم بفحص المبيع بنفسه، أو عن طريق مختص. أما إذا لم يقم بذلك، وأبرم العقد، فلا يحق له أن يرجع على البائع بالضمان، لأن العيب ليس خفياً وكان من الممكن معرفته بالفحص العادي للمبيع. أما وأنه لم يفعل ذلك فإنه يكون مقصراً وينزل منزلة الشخص سيء النية"[٢]. وعليه فإن الالتزام بالاستعلام يتطلب من المشتري في عقد البيع ضرورة تقصي كافة الحقائق المتعلقة بنوع المبيع ومنشأه وخصائصه وميزاته أما بصفة شخصية أو من خلال الاستعانة بالآخرين إذا كان المشتري قليل الدراية أو الخبرة، وفي ذات الوقت فإنه يقع على البائع التزام بإعلام المشتري بكافة العيوب الخفية أو المعلومات والبيانات المادية أو القانونية المتعلقة بالمبيع إذا كانت دراية المشتري ليس بمقدورها الإحاطة بمثل هذه الخصائص أو الطبيعة المتفردة للمبيع [٣].

ومما تقدم، نلاحظ أن مبدأ حسن النية في التعاملات السابقة على العقد يتطلب من متلقي المعلومات والبيانات التي تشكل أسرارا علمية، أو فنية أو تقنية أو تكنولوجية أن يلتزم بالمحافظة على سرية هذه المعلومات وأن يمتنع عن استغلالها أو نقلها للغير بقصد الإضرار به. ويدخل ضمن نطاق المعلومات والبيانات التي يجب أن تعامل معاملة المعلومات المحمية أو السرية، كافة المعلومات التي تكشف عن عناصر تركيب علاج ما، أو الخلطة الأساسية في صناعة منتج ما ، كما هو الحال في الخلطات الخاصة بمشروب بيبسي و كوكا كولا، أو تلك التي تتعلق بمحددات المركز المالي أو المحاسبي لنشاط معين، والمصنفات الفنية والأدبية التي لا يمكن نشرها أو الإعلان عنها إلا بموافقة أصحابها ، أو حتى المعلومات الشخصية التي يترتب على الكشف عنها المساس بحقوق الأشخاص الشخصية وغيرها [٤] ، ومع ذلك يلاحظ أن المشرع الأردني لم يحدد معالم الحماية المدنية للمصنفات الفنية، بل إنه خلط بينها وبين الحماية الجنائية خاصة فيما يتعلق بمصادرة أو إتلاف المصنف المعتدى عليه والصور المأخوذة عنه بطريقة غير مشروعة، وفي هذا السياق، يرى الأستاذ الدكتور غازي أبو عرابي أنه من خلال استقراء

1- ممدوح مبارك ،المرجع السابق ،ص٤٣٩.

2- د.عبد الحليم عبد اللطيف القوني، مرجع سابق، ص٣٣٢.

3- د.محمد إبراهيم دسوقي ،المرجع السابق ،ص٧٩. وكذلك ممدوح مبارك ،المرجع أعلاه،الصفحة نفسها.

4- أنظر د.سعد حسين ملحم الحلبوسي ،المرجع السابق ،ص٣٥.

نصوص قوانين حماية حق المؤلف الأردني فإنها تشترط لمنح الحماية الإجرائية لحقوق المؤلف على مصنفه، وقوع اعتداء يتمثل بقيام المعتدي إما بتقليد أو بيع أو إيجار أو توزيع أو تشويه للمصنف بدون الحصول على موافقة كتابية من المؤلف من أجل مباشرة هذه التصرفات[١].

ومع ذلك فإنه لا يدخل في نطاق الأسرار كافة المعلومات التي تمثل أفعالا غير مشروعة يعاقب القانون على ارتكابها كجرائم ، ويعاقب على إخفاء أمرها عن السلطات العامة أيضا كجرائم، وفي هذا الإطار فإنه يجوز للمتلقي الذي توصل خلال مرحلة التفاوض إلى معلومات تعد في جوهرها جرائم قام بارتكابها الطرف المانح، أبلاغ الجهات الرسمية في الدولة عن هذه المعلومات، وبالتالي فإن تصرفه هذا لا يعامل على أنه كشف أو فضح لأسرار تفاوضية يتطلب مبدأ حسن النية عدم الإفصاح عنها[٢].

وعليه إذا كان محل المعلومات التي توصل إليها المتلقي من المانح خلال مرحلة التفاوض فإنه لا يجوز له استخدامها شخصياً أو من قبل الغير ضد المانح، في حال تعثر أو عدم توصل التفاوض إلى نهاية طبيعية، تحت طائلة المسؤولية عن الفعل الضار، أي المسؤولية التقصيرية[٣]. ومن اجل حماية الطبيعة السرية للمعلومات التي يكشف عنها احد الأطراف للمفاوض الأخر خلال مرحلة التفاوض، وبالتالي حماية المانح من سوء نية المتلقي في إفشاء مثل هذه الأسرار، لجئت معظم التشريعات إلى توقيع الطرفين على عقد حفظ الأسرار التي يحصل عليها كل طرف خلال الفترة السابقة على عملية التعاقد[٤].

أخيرا، توصلنا من خلال هذا المبحث إلى نتيجة هامة مفادها أن مبدأ حسن النية يعد من أهم المبادئ التي تضبط سلوكيات وتصرفات الأطراف المتفاوضة خلال المرحلة السابقة على إبرام العقد، وذلك إلى جانب مبدأ حرية التعاقد. وتبين لنا أن الالتزامات التي يفرضها تطبيق مبدأ حسن النية على المرحلة السابقة على التعاقد غير محددة وأنها مرتبطة بمدى تطور المجتمع

---

(1) أنظر بالتفصيل د. غازي أبو عرابي، الحماية المدنية للمصنفات الفنية في القانون الأردني والمقارن، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، العدد ٢٣، ٢٠٠٥، ص ٢٩٧ وما بعدها.

2- د.سليمان براك ،المرجع السابق ،ص٧٦،٧٧،ولمزيد من التفصيل ينظر د.محمد إبراهيم دسوقي المرجع السابق ،ص١٠٠.

3- ينظر، د.حسن الخطيب ،نطاق المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن،رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة باريس ،مطبعة حداد ،البصرة ١٩٦٨،ص٣٢٩. وكذلك د.محمد إبراهيم دسوقي ،مرجع سابق ،ص٩٨.

4- د.محمد حسين عبد العال، المرجع السابق ،ص١٦٨.

ومدى رقي منظومة القيم الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية التي تسود في المجتمع، وبالتالي فهي التزامات متغيرة ومتطورة تبعا لظروف كل مجتمع على حده ، ووجدنا أن من أهم مظاهر حسن النية خلال مرحلة التفاوض، الأمانة والاستقامة والثقة المشروعة وعدم التعسف في استخدام الحق، وان من أهم الالتزامات التي يفرضها هذا المبدأ على أطراف التفاوض الالتزام بالإعلام، والالتزام بالاستعلام، والمحافظة على الأسرار التي يتم التوصل إليها من الطرف الأخر أثناء مرحلة التفاوض، وبغية تحقيق ذلك أوضحنا أن معظم التشريعات الحديثة تتطلب من هؤلاء الأطراف ضرورة توقيع عقد المحافظة على سرية المعلومات كأجراء وقائي يحمي كافة الأطراف خلال هذه المرحلة والتي قد يترتب عليها نهاية طبيعية في إبرام العقد أو نهاية غير طبيعية في التوقف والعدول والانسحاب من المفاوضات. وتتمثل دوافع الأطراف في مرحلة التفاوض لإصدار وتوقيع أو إبرام مثل هذه العقود في محاولة تجنب الاختلاف في الأنظمة القانونية بالنسبة للإلزام القانوني لمرحلة المفاوضات، وتنظيم عملية التفاوض وحسم كل مرحلة من مراحلها و توفير الأمان لراغب التعاقد بحصوله على ما يثبت النجاح والتقدم في المفاوضات، والتيسير على راغب التعاقد. ومن هنا يرى الباحث بخصوص أن المسؤولية السابقة على التعاقد مسؤولية عقدية إذا وجدت عقود أولية ممهدة للعقد الأصلي المنشود وبالتالي فإن أي إخلال أو خرق يقع في هذه المرحلة تحتضنه قواعد المسؤولية العقدية وإن لم يبرم العقد الأصلي.

المبحث الثاني

مقتضيات حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود في ضوء القانون المدني الأردني

تشكل حسن النية بلا شك إحدى الوسائل التي تضمن العدالة العقدية [١]، لا سيما وأن هذا المبدأ يجسد الجانب الأخلاقي في إبرام العقود وتنفيذها. حتى أن بعض الفقهاء ذهبوا في تحديد الصلة بينهما إلى أن أساسها الفلسفي واحد، و أن الروابط بينهما وثيقة و محكمة، وان كلاهما يكمل الأخر حتى إذا ما تميز القانون عن الأخلاق، فهذا لا يرجع إلى اختلاف في الأساس ولا يفيد ذلك معنى التعارض بينهما، فالفصل المطلق بين القانون و الأخلاق أمر مستحيل تحقيقه[٢] لذلك فإن ما يشتمل عليه من عناصر أخلاقية متعددة كالصدق، والأمانة، والإخلاص، والوفاء

1- د. بشار الملكاوي. تأثر مبادئ العقد، مرجع سابق. ص٢٧٣

2- حول أراء الفقه في تحديد الصلة بين مبدأ حسن النية والأخلاق ، انظر : د.السيد بدوي . حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٢٧٧

والتزام السلوكيات الإيجابية في التصرفات وبشكل لا يتنامى مع هذه العناصر ولا ينتهك الآداب والأخلاق العامة. وتتنازع صلاحيات وسلطات القاضي في التعامل مع تطبيقات مبدأ حسن النية خلال مرحلتي الإبرام والتنفيذ معايير شخصية وأخرى موضوعية.

مما يقتضي في هذا السياق تحديد نطاق وسلطات القاضي في التعامل مع القضايا القانونية وفقا، لمقتضيات حسن النية في التصرفات العقدية **(المطلب الأول)** وتحديد أهم المعايير القضائية لتقدير سلوك المتعاقد**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

مقتضيات مبدأ حسن النية وسلامة الإرادة التعاقدية

يحظى مبدأ حسن النية بأهمية كبيرة في القانون الأردني والمقارن، فهو من المبادئ التي ترافق العقد طيلة حياته، منذ ميلاده وحتى انتهاءه، ويتمثل انتهاك هذا المبدأ في حالات توافر مظاهر سوء النية لديه والتي من أهمها " الخطأ العمد و الغش والتعسف في استعمال الحق، والخطأ الجسيم باعتباره ملحقٌ بالخطأ العمد"[١]. ومن هنا يلاحظ أن فكرة الخطأ العمد وفقا لرأى الفقيه كابتن Capitant تمنع انعقاد العقد وتنعدم معه الإرادة[٢]. وفي حالة الإدعاء بعدم توفر حسن النية لدى أحد أطراف العقد يكون القاضي ملزماً بمراجعة نصوص العقد والأعراف والعادات التي تسود في المجتمع، وكذلك مبادئ العدالة، فإذا وجد أن الواقعة تخالف أحد هذه

1- د. عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مطبعة اليرموك، بغداد ــ ١٩٧٤، ص٣٠.

2-د. بشار عدنان ملكاوي، تأثر مبادئ العقد عن حلول أزمة سياسية: مثال الشرق الأوسط من ١٩٤٥، ط١، عمان،٢٠٠٢، ص ٢٧٤-٢٧٥.

المبادئ كانت المخالفة هنا هي" العنصر الموضوعي" من الخطأ، أما إذا ثبت أن ارتكاب هذا الخطأ كان بمعنى إرادة حرة، ففي هذه الحالة يتحقق " العنصر المعنوي" من الخطأ، ويكون تحقق الخطأ كاملا[١]. أما إذا انتفى إثبات الخطأ العمد وشبه العمد، فإن ذلك يعني ثبوت حسن نية المتعاقد بالمعيارين الذاتي والموضوعي، أي يثبت حسن النية المطلق.[٢]

وفي هذا السياق، يمكن للمتعاقد الآخر أن يتجنب طلب فسخ العقد للخطأ، كأن يقوم بالوفاء بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وذلك من خلال توفير معلومات كافية للطرف الأخر حول توافر الصفة الجوهرية والدافعة إلى التعاقد ليزيل الوهم من ذهنه، وبالتالي فإنه يمكن للطرف الأخر التعاقد بناء على الإرادة، وعليه لا يجوز له التمسك بالفسخ للغلط، ببساطه لأن الغلط يفترض توهم غير الواقع، ولا يزول هذا الوهم إلا بالعلم.[٣] وفي حقيقة الأمر، يعد حصول الضرر قرينة على وقوع الخطأ أثناء التنفيذ، وهناك ثلاثة معايير تحكم الخطأ في تنفيذ العقود، الأول: معيار الخطأ غير المغتفر والذي يعني " خطأ ذو مساحة استثنائية ناجم عن فعل أو اقتناع إرادي، مع إدراك فاعلة بخطره، وانعدام كل سبب يسوغه، ويتميز عن الخطأ العمدي بتخلف عنصر العقد فيه"[٤]. المعيار الثاني: الخطأ المربح والذي يتحقق في حال إذا قام المدين بالعمل أو أمتنع عن القيام به، من اجل الحصول على ربح مادي معين وهنا يكون ملزم بدفع ثمن خطئه.[٥]

أما المعيار الثالث: ويتمثل في الخطأ المستغرق ويفترض أن الإخلال بالالتزام من قبل المدين تتوقف على أهمية خاصة من قبل الدائنين، عليه فإن الضرر لا يقع بشكل ارتباطي، وربما يستغرق الأخطاء الأقرب.

ولتحديد الالتزامات الناشئة عن العقد وتعيين طبيعة المسؤولية تبعاً لها، يجب تحليل العقد والوقوف على حقيقة مضمونه، فنطاق المسؤولية يتحدد بداهة على مقتضى تعيين مضمون العقد، وقد نصت المادة (٢٠٢ /١) من القانون المدني الأردني على أنه يجب تنفيذ العد طبقاً لما

1- د. عب الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مرجع سابق، ص٣٢.

2- د. عبد الجبار، صالح، المرجع السابق.

3- د. محمد إبراهيم دسوقي، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٥، ص ٨١-٨٢.

4- د. محمد السيد رشدي، الخطأ غير المقترف، سوء السلوك الفاحش والمقصود، ط١، الكويت، ١٩٩٥، ص١١٣.

5- د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص٨٦.

اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجه حسن النية" وعليه فإن اشتراط حسن النية في العلاقات العقدية تبعاً للقانون الأردني لم يذكر إلا في تنفيذ العقد، وذلك على خلاف ما جاء في المادة (١/١٥٦). من ذات القانون التي تنص على أنه " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية"[١].

وعليه فإن الالتزامات العقدية لا تتحدد حسب ما ذكره العاقدان في بنود العقد ومضمونه، بل يتجاوز ذلك ليشمل ما هو من مستلزماته بما ينسجم مع القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام، فالإرادة المشتركة للعاقدين تعد المرجع الأساسي في تحديد ماهية ومضمون العقد، وبالتالي فهي تخضع للتوضيح من خلال تفسير وتحديد الالتزامات الناشئة عنها[٢].

ومن هنا فإنه لا تثور صعوبة في تحديد مضمون العقد إذا كانت الإرادة المشتركة صريحة فيه، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني، حيث تسمح بأن " يحتفظ العقد بقوته الإلزامية في حال إذا كان المتعاقد الثاني قد عبر عن إرادته في تنفيذ العقد، وهكذا يبدو أن المشرع يبحث دائماً عن ارتباط حسن النية في التنفيذ العقد بعيوب الإرادة، وهناك رابطة بين نظرية الغلط والسبب والإرادة من جانب وبين تنفيذ العقد من جانب آخر[٣]. وعليه فإن العاقد بين الحرية في توسيع أو تضييق مضمون عقدها في نطاق مستلزماته في حدود القواعد الأخرى[٤]. وفي جميع الأحوال لا يستطيع الأطراف الاتفاق على تحلل الأطراف من التزاماتهم الأساسية، أي بمعنى لا يجوز للإرادة المشتركة ترتيب التزام يخالف قاعدة أخرى أو يتعارض مع النظام العام ذو الإرادة العامة باعتبارها المرتكزات الأساسية التي ينبثق عنها مبدأ حسن النية في التعاقد[٥].

إن لمبدأ حسن النية وما يستلزمة من الصدق والنزاهة والموضوعية في تصرفات أطراف العقد، دور هام في انعقاد العقد وتنفيذه، ومن ثم فإن هناك علاقة أساسية له مع إرادة

1- أنظر د. بشار عدنان ملكاوي، تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسة، مرجع سابق، ص٢٧٤.

2- أنظر: د. عبد الرازق الشهري، الوسيط، في شرح القانون المدني الجديد، ج١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، ص٥٩٥.

3- د. بشار عدنان ملكاوي، تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

4 -د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

5- د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل في القانون المصري، ط٢، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٨٢، ص٧٥٢.

المتعاقدين والسبب، فغياب السبب المشروع أثناء تنفيذ العقد، وسوء النية يكون معبر عنه بفقدان الصدق والأمانة في تنفيذ الالتزام[١]. وعليه فإن حسن النية في العقود يكون مستلزما في حدود القواعد الأمرة وقيم الأداب والأخلاق والنظام العام، فلا يجوز إسقاط التزام المشتري بدفع ثمن البضاعة إلى البائع في عقد البيع، أو إسقاط التزام البائع بتقديم وتسليم البضاعة إلى المشتري، بما في ذلك من مساحة للقواعد الأمرة التي يفرضها القانون.

ومع ذلك، فإنه يكفي حتى ترتب الإرادة المشتركة للعاقدين أثارها القانونية، أن يكون التعبير عنها ضمنياً حين يفقد مضمون العقد ذلك، وفي هذه الحالة يمكن للقاضي استجلاء وتوضيح ما ذهبت إليه إرادة المتعاقدين المشتركة أن يتبع القواعد العادية في تفسير العقد[٢]. وللقاضي أيضاً الاعتماد في تحقيق هذه الغاية على طبيعية الالتزام أو مضمون العقد، علماً بأن " الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزاما به في التعاقد"[٣].

وبالنسبة لاتفاقيات تحديد مضمون العقد بالإعفاء من التزام معين، فإنه يجوز للأطراف في غير حالة القواعد الأمرة والتي تعتبر من النظام العام، ومن ثم إذا حصل وأن تم الاتفاق على الإعفاء من الالتزام في العقد فإن المسؤولية لا تعقد أصلاً[٤]. طالما أن ذلك اتفق عليه صراحة في العقد.

وبخصوص حسن النية في إبرام العقود، فإن المشرع المدني الأردني عالج مسألة التدليس تحت باب الغبن والتغرير، وفي هذا السياق تعرف المادة (١٤٣) من القانون المدني الأردني التغرير على أنه " أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قوليه أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يمكن ليرضى به بغيرها" وبهذا المعنى فإن التغرير هو إغراء الطرف الآخر في التعاقد وخدعه للموافقة على التعاقد، وذلك من خلال إيهامه بأن إجراء التعاقد إنما يصب في مصلحته. وهنا فإنه يمكن القول بأن هذا الاصطلاح يشابه التدليس الذي تأخذ به النظم القانونية المتأثرة بالقانون الفرنسي والغبن مع التغرير الذي تأخذ به النظم المتأثرة بالشريعة الإسلامية.

وكما نلاحظ من نص المادة (١٤٣) من القانون المدني الأردني أنه " يشترط استعمال

1- د. بشار ملكاوي، تأثر مبادئ العقد، مرجع سابق، ص٢٧٦.

2- أنظر المواد ٢١٣ – ٢٤٠ من القانون المدني الأردني.

3- أنظر المادة ٢١٣ من القانون المدني الأردني.

4- د. عدنان إبراهيم السرحان، ود. نورى حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر. ص١٢٠

حيل تؤدي إلى إيهام المتعاقد المقابل وإيقاعه في الغلط وكذلك الحال بالنسبة للتغرير الواقع من الغير فإنه حتى يكون بالإمكان نقض العقد يجب أن يكون المتعاقد المستفيد من التغرير عالماً بالتغرير وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٨) من القانون المدني الأردني، وهذا يشكل سوء النية من قبله، أو كمن يجعل من السهل عليه أن يعلم وهذا يشكل أخلالاً بحسن النية بالمعيار الموضوعي، لأنه لم يوجه إرادته إلى العلم بحقيقة المسألة، مما يؤدي إلى القول بأنه أخل بالتزامه بالتنفيذ [١]. ووفقاً لمبدأ حسن النية في العقود، فإن الشخص المتعاقد يعد سيء النية في حالتي الغبن الفاحش واليسير، فالغبن الفاحش مع التغرير يؤدي إلى فسخ العقد وفقا للمادة (١٤٥) من القانون المدني الأردني، في حين أن الغبن اليسير والمرافق للتغرير يعطي الطرف المتضرر في العقد حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن التغرير[٢]. وعليه فإن واجب تطبيق مبدأ حسن النية يشمل كافة أنواع العقود، فعلى سبيل المثال يعد كتمان المعلومات الخاصة بعقد فتح الاعتماد البنكي والغايات التي يصرف من اجلها الاعتماد[٣]. تدليسا ما دام يتضمن إخلالا بمقتضيات حسن النية، خاصة وأن كافة تصرفات الأطراف في التعاقد تدور حول هذا المبدأ، وعليه فإن حسن النية يقتضي من الطرف الآخر إعلام المتعاقد في العقد عن كافة المعلومات المتعلقة بموضوع التعاقد[٤]. ويعتبر الإكراه المعيب لإرادة أحد أطراف التعاقد من أهم مظاهر سوء النية في التعاملات العقدية، وتعرف المادة (١٣٥) من القانون المدني الأردني الإكراه على أنه " إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه"، وهكذا يتضح أن الإكراه يؤثر على إرادة المتعاقد، وتحملها على التعاقد في شيء لا ترغبه، وهو يؤدي حقيقة إلى إفساد الرضا لدى المتعاقد[٥]. و وفقاً للمادة (١٣٦) من القانون المدني الأردني فإن الإكراه ينقسم إلى قسمين: الإكراه الملجئ والذي عادة يمثل تهديداً جسدياً أو بدنياً يقوم بإيقاع الأذى والضرر على الآخرين الذين يعدون من الأغراء على الطرف في العقد، وتوضح المادة (١٣٨) من ذات القانون " أن الإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار وغير الملجئ يعدم الرضي ولا يفسد الاختيار" وعليه فإن هناك اختلاف فيما يتعلق بالآثار القانونية والتي تترتب على وجود أو تحقق

1- د. شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط١، دار دجلة، ٢٠٠٨، ص ٣٢٠-٣٢١.

2- د. شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص ٣٢١.

3- د. بعد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٦، ص ١٥٨-١٥٩.

4- د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مصر: مكتبة عبدالله وهبه، ١٩٦٦ـــ ص٢١٣.

5- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، ١٩٦٦، ص ٣٣٤.

أيا من أنواع الإكراه ومن ثم يمكن القول بأن الإكراه غير الملجئ يؤثر على التصرفات القولية والعقدية للإرادة المنفردة فيعيبها ولا يصلح عذراً، فالإكراه سواء كان ملجئاً أم غير ملجئ يؤثر على الإرادة ويجعلها معيبة، وهذا ما ذهب إليه المشرع المدني الأردني في نص المادة (٢٦٣ /١) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه " يضاف الفعل إلى الفاعل لا الأمر ما لم يكن مجبراً على أن الإجبار المعبر في التصرفات الفعلية هو الإكراه الملجئ وحده"[١]

وفي هذا السياق، يرى الباحث أن المشرع المدني الأردني، لم يميز بين الإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ في نطاق التصرفات القولية أو ما تعرف بالتصرفات الإرادية المرتبطة بالعقد والإرادة المنفردة، في حين نجد أنه يميز بينهما في نطاق التصرفات الفعلية، وفي هذا الصدد يؤكد جانب من الفقه على أن نهج المشرع في هذا الموضوع يعد اتجاها سليماً [٢]. فكلا النوعين يعتبرا عيباً من عيوب الرضا يجعل العقد موقوفاً على إجازة المكره[٣]. وعليه لا يمكن أن يكون الإكراه معيباً للرضا إلا بتوافر شروط محددة، فيجب أن يكون غير مشروع وذلك من خلال تحديد غايته هل هي مشروعية أم لا؟ فإكراه المستخدم لغاية الحصول على أجر بغير وجه حق يعد غير مشروعاً ويعيب الرضا، أما الإكراه الذي تكون وسيلته مشروعة وغايته مشروعة فإنه لا يعيب الرضا، ومثال ذلك أن يقوم الدائن بتهديد المدين إذا لم يفي بما عليه من دين خلال فترة استحقاقه عليه، بأن يلجأ للقضاء من أجل مقاضاته[٤].

وفي قرار لمحكمة التمييز الأردنية في هذا الصدد أكدت على أنه " لا يرقي التهديد بإقامة دعوى شيك بدون رصيد إلى مرتبه الإكراه بأنواعه وفقاً لأحكام المادة (١٣٥) عن القانون المدني، وحيث أن اللجوء إلى القضاء حق لكل إنسان ولا يشكل إكراهاً أو إجباراً بغير حق ولا يعدم الرضا أو يفسد الاختيار فإن ما توصلت إليه المحكمة بأن التوقيع على الاتفاقية موضوع

1- انظر: د. عدنان إبراهيم السرحان ود. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية" الالتزامات" دراسة مقارنة، ط١، دار الثقافة للنشر، عمان – الأردن، ٢٠٠٠، ص ١٢١.

2- د. عدنان السرحان ود نوري خاطر، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص١٢١.

3- د. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع،عمان – الأردن ٢٠٠٩، ص١١٨.

4- د. عبيدات، المرجع نفسه، في ذات الصفحه

الدعوى لم يكن نتيجة تهديد بل كانت البديل للشيك المسحوب منه وهذا لا يخالف القانون"[١].

أما الشرط الثاني للإكراه المعيب للإرادة، هو ما حددته المادة (١٤٠) من القانون المدني الأردني والمتعلق بقدرة المكره على إيقاع تهديده، وبالتالي فإنه لا يستطيع المتعاقد الإدعاء بأنه ضحية للإكراه إلا إذا كان الشخص المكره قادرة على إيقاع ما حدد به، وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الأردني في المادة (١٤٠) من القانون المدني قد أخذ " بالمعيار المادي وهو قدرة المكره على تنفيذ تهديده والمعيار النفسي وهو بعث الرهبة في نفس المتعاقد الآخر[٢].

لذلك فإن الباحث يرى بأن العبرة في الإكراه حتى يكون معيباً لإرادة أحد أطراف التعاقد، ليس فقط توافر الظروف المادية التي يتحقق من خلالها التهديد، أو ما تعرف بوسائل التهديد، بقدر العوامل النفسية التي يحققها التهديد، وعليه فإن العبرة بالرهبة التي يبعثها التهديد في تغير إرادة المتعاقد وحملها على التصرف غير ما ترتضيه، وهو ما جعل بعض الفقهاء يشترطوا عامل بعث الرهبة في نفس المكره حتى تستطيع القول بأن الإكراه معيب للإرادة، وبالتالي منتجاً لإثارة القانونية، وفي جميع الأحوال فإن لجوء أحد أطراف التعاقد إلى الإكراه الملجئ أو غير الملجئ، الإكراه المادي أو المعنوي يعتبر من مظاهر سوء النية التي تعيب الرضا وتجعل العقد موقوفاً على إجازة المكره المادة (١٤١) مدني أردني.

وبالإضافة لما سبق من شروط الاعتبار الإكراه معيباً لإرادة أحد أطراف التعاقد، فإن شرط الجسامة مطلوب توافره في هذه الحالة، ووفقاً للمادة (١٣٩) من القانون المدني الأردني فإن درجات الإكراه تختلف باختلاف أحوال الأشخاص وظروفهم العمرية والاجتماعية والوظيفية، وكذلك مدى درجة تحملهم للأوضاع والألام بالإضافة إلى وجوب أن يكون التهديد ناتج عن الأكره محدقاً بمعنى قريب ويحدث التنفيذ، أما إذا كان غير محدق حيث يحتاج إلى فترة طويلة في تنفيذ نتائجه وتحققها فإنه يمكن للمكره أن يتلافاه ويتحسبها، وبالتالي لا تؤثر على إرادته التعاقدية[٣].

ويستدعى الأمر بالنسبة للأكره الذي من شأنه أن يعيب إرادة أحد أطراف التعاقد أن يكون صادر من أحد الأطراف أو من طرف خارج العقد " الغير" شريطة أن يتحقق العلم المسبق

1- تمييز حقوق ٩٢/٢٧٩ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٤، ص ٣٨٣، ورد في د. عبيدات، المرجع السابق، ص ١١١، هامش٢.

2- د. عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، المرجع السابق، ص ١١٢.

3- د. شيراز عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، مرجع سابق. ص٢٢٤-٢٢٥.

لدى الطرف الآخر بما يقوم به الغير من إكراه إزاء شريكه في العقد، وفي هذه الحالة فإن ثبت علم المتعاقد بالإكراه الصادر عن الغير، فإن للطرف الآخر في العقد أن يطلب فسخ العقد، وذلك لثبوت سوء نية شريكه في العقد، وبالإضافة إلى انتفاء ما يعرف بالإرادة المشتركة للمتعاقدين وفسادها بذلك العلم المسبق للمتعاقد بصدور الإكراه من الغير[١].

خلاصة القول في هذا المطلب، فإنه ليس للمتعاقد وفقاً لأحكام القانون المدني الأردني أن يتمسك بطلب فسخ العقد على نحو يتعارض مع مبدأ حسن النية، ولقد وضع المشرع الأردني ذلك في سياق المادة (١٥٦) من القانون المدني والمشار إليه سابقا، فمن يشتري سلعة على أساس أنها جديدة ويتضح بعد ذلك أنها مستخدمة، فإنه يكون له التمسك بحقه في فسخ العقد بسبب الغلط إلا إذا أظهر البائع حسن النية من خلال عرضه للسلعة الجديدة بدلاً من المستخدمة والقديمة.

المطلب الثاني

المعايير القضائية لتقدير الإخلال بمبدأ حسن النية في العقود

يلجأ القضاء إلى أساس شخصي وأساس موضوعي لتقدير سلوك المتعاقد للتثبت من حسن نيته[٢]. فحسن النية يجب تقديره بمعيار ذاتي ومعيار موضوعي في آن واحد، إي أن هذين المعيارين متكاملان لا ينفصلان، لذا فإن توفر حسن النية بالمعيارين معا هو حسن النية المطلق. فسوء النية يتمثل في نية الإضرار بالغير وأحيانا في مجرد العلم بالضرر الذي يصيب الغير، أي أن سوء النية هذا يطبع الخطأ بالعمديه وانتفاء الخطأ العمد لا يكفى وحده للقول بتوفر حسن النية، إذا كان الشخص قد اتصف بالإهمال الذي اضر بمصلحة الغير ولم يلتزم بالواجبات المختلفة التي تفصح جميعها عن أمر واحد هو واجب السلوك بتبصر وتجنب الإهمال بشتى أشكاله وصورة ومسمياته، وهذا السلوك هو الذي يقدر بمعيار الرجل العادي، وهو معيار موضوعي. فيصبح من الضروري لتوفر حسن النية المطلق ، انتفاء سوء النية من جهة (وتقديره تقدير ذاتي)وانتفاء الإهمال من جهة أخرى (وتقديره تقدير موضوعي مجرد)[٣].

1- د. شيراز سليمان، حسن النية، المرجع السابق، ص ٢٢٩.

2 - إبراهيم الذيابات، حسن النية في تنفيذ العقد،مرجع سابق، ص٨٥، يشي الى د.حسن الابراشي، مسؤولية الاطباء، ص ١٢٤

3 - إبراهيم الذيابات، المرجع السابق ص ٨٤

الفرع الأول

الأساس الشخصي(الذاتي) لمبدأ حسن النية

إن أهم ما يميز مبدأ حسن النية وفقاً للمعيار الشخصي الذاتي ارتباطه الوثيق بمجموعة القيم السائدة في المجتمع، وبناءً على ذلك فإن إخلال أياً من المتعاقدين في العلاقة العقدية لمنظومة القيم الاجتماعية والأخلاقية الأخرى المتعلقة بالآداب والنظام العام بعد تجاوزا على هذا المبدأ، وبالتالي يطلق المتعاقد وصف قيامة بفعل سوء النية، والذي يرتب جزاءات يفرضها المجتمع على منتهك هذا المبدأ.ووفقاً للصياغة العامة للمادة (٤٣٣) سالفة الذكر فإن جريمة غش المتعاقد تنطوي على خداع واحتيال يقع على المتعاقد ولا يشترط لوقوع الجريمة أن يحدث ضرر معين ذو نتيجة مادية معينة مثل تلف البضاعة أو تحمل المشتري للخسارة، وعلى ذلك فإن هذا النوع من الجرائم يعد من قبل جرائم الخطر وليس الضرر، بمعنى أن المشرع لا يشترط لوقوعه أن يدفع المشتري عن السلعة، فلا شيء في النص يستلزم أن يتحمل المشتري ضرراً مفيداً من جراء الغش، فيكفي حدوثه قبول الخداع بأي وسيله من وسائله وقبول التعاقد على هذا النحو[١].

1- أسعد عبد الرحمن الرويح، الحماية الجزائية للمستهلك من الغش في المعاملات التجارية وفقاً للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٦ المعدل، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الكويت، ١٩٩٩، ص ٢٥-٢٦.

وفي الإطار ذاته يلاحظ أن المشرع الأردني تشدد في فرض العقوبات على الجرائم التي ترتكبها فئة محددة من الأشخاص الذين يقومون بأعمال تبعث الطمأنينة لدى الأطراف الأخرى التي تتعامل معهم، حيث تكون درجات افتراض حسن النية إزاءهم عالية، فنجد أن المشرع قد فرض عقوبة الحبس من شهرين إلى سنتين والغرامة من عشرة دنانير إلى مئة دينار على جرائم إساءة الائتمان، وفقاً لما نصت عليه المادة (٤٢٢) من قانون العقوبات الأردني وتشدد في فرض العقوبة على ذات الجريمة بفرض عقوبة السجن سنة كحد أدنى، وثلاثة شهور في حال ارتكابها من أشخاص محدودين[١].

ولعل من أهم مقتضيات مبدأ حسن النية في العلاقات العقدية عدم جواز الاتفاق على إعفاء أطراف العقد من المسؤولية والتي تترتب على غش الطرف الآخر وخطأه الجسيم، وعليه فإن الغش والخطأ الجسيم للعاقد يلزمه " بالتعويض عن كل ضرر متوقع[٢].

وفي هذا السياق ينص القانون المدني الأردني في المادة (٣٥٨) على أنه " إذا كان المطلوب من المدين هو المحافظة على الشيء أو القيام بإدارته أو توخي الحيطة في تنفيذ التزامه فإنه يكون قد وفي بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك" وتنص الفقرة الثانية من ذات المادة " في كل حال يبقى المدين مسئولا عما يأتيه من غش ذو خطأ جسيم" كما وتنص المادة (٣٦٣) من القانون المدني الأردني على " إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلا حين وقوعه. وهو ما ذهبت إليه المادة (٣٦٦) من القانون ذاته"[٣].

1- وفقاً للمادة (٤٢٣) من قانون العقوبات الأردني، يكون الحد الأدنى للعقوبة والحبس على تركب جريمة إساءة الائتمان إذا كان الفاعل " خادماً، تلميذاً أو كاتباً على أن يكون الغرر موجه للمخدوم أما الفقرة الثانية من ذات المادة جعلت الحد الأدنى للعقوبة ثلاثة شهور وإذا كان مرتكب الفعل، مدير مؤسسة خيريه وحي، منفذ وحيه، محاكم وكاتب عدل أو ذي شخص مستناب عن السلطة لإدارة أموال الدولة أو الأفراد .

2- تميز حقوق رقم ٦٦/٣٩، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٦، ص ١٠٦٧.

3- وليد حكم ، فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير خصم التعويض في المسؤولية المدنية: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، عمارة الدراسات العليا، جامعة مؤته، ٢٠٠٦، ص٢٤.

الفرع الثاني

الإخلال بمبدأ حسن النية وفقاً للمعيار الموضوعي

على الرغم من عدم اهتمام الفقه القانوني العربي بالجانب الموضوعي لتطبيقات مبدأ حسن النية إلا أن هذا المبدأ له أهمية فائقة من الناحية العملية ليس فقط في القانون المدني بل أيضاً في القانون الجنائي والتجاري. ولعل من أهم المبادئ التي تحكم القانون الجنائي مبدأ الشرعية والمشروعية، وعليه فإنه على الرغم من توافر كافة عناصر وأركان جريمة ما، تبقى مسألة المشروعية التي تحكم في أساسها لمبدأ حسن النية من المواضيع التي تخضع لرقابة محكمة الموضوع، فكثير ما يرتكب الإنسان فعلاً بحسن نية اعتقاداً منه أنه مشروعاً ومباحاً[١]. مع ذلك، يشترط لمراعاة هذا المبدأ في القضايا الجنائية ضرورة توافر عناصر التحري والتروي المبنية على أسباب معقولة، وذلك حتى يمكن أن يقوم الاعتقاد في مشروعية الفعل الدافع، خاصة وأن التصرفات القانونية لا تقوم بغير أسبابها[٢].

ففي نطاق هذا القانون تعتبر الإسناد التجارية وسيلة لانتقال المال إضافة لكونها أداة وفاء وأداة ائتمان، وحتى تتحقق هذه الوظائف لا بد من وجود قواعد تهدف إلى تقوية ضمانات تلك

1 -Faqir Raed S. Protection the Rights of Accued، Delli Unvi.2004.

2- سالم خليف عليمات، الرقابة القضائية على المشروعية والموضوعية لقرارات الضبط الإداري: دراسة مقارنة: فرنسا، مصر، الأردن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا – جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، ٢٠٠٧، ص١١.

الإسناد، ولضمان الوفاء بقيمتها في تاريخ الاستحقاق[١]. ويقتضي مبدأ حسن النية في العلاقات التجارية، ضرورة إلزام الساحب بالوفاء في موعد الاستحقاق تحت طائلة سريان القواعد القانونية، فإنذار المدين بالوفاء قد يؤدي في حال الامتناع إلى النيل من مركزه المالي ويكون سبباً في إعلان الإفلاس وهذا من شأنه حث المدين على احترام تعهده وتنفيذه، أما بالنسبة للدائن فإن هذا من شأنه أن يؤدي لإلزامه بالمطالبة بالوفاء بتاريخ الاستحقاق [٢].

وهذا ما أكدت عليه المادة (١٨٥) من قانون التجارة الأردني حيث أشترط ، لتمكين حامل السند من المطالبة بتطبيق قاعدة تطهير الدفع أن يكون حسن النية، على خلاف ما إذا كان سيء النية وعالما بوجود العيوب التي تشوب الالتزام أو الدفوع المتعلقة به والشروط التي يكون عليها، إضافة إلى ذلك في حالة العيب الظاهر في السند[٣].

أما بخصوص مبدأ حسن النية في القانون المدني، فإن المادة (٩٣) من القانون المدني الأردني بينت طرق التعبير عن الإرادة وأشكالها حيث تنص على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس"، فعلى سبيل المثال يعد التوقيع من وسائل التعبير عن إرادة الشخص المنشئ للتصرف القانوني، أياً كان نوع الكتابة سواء أكانت رسمية أم عرفية [٤].

ومع ذلك فإن الأمر يختلف عن ذلك في المعاملات الإلكترونية[٥]. وفي السياق ذاته تبين المادة (١/١١) من قانون البينات الأردني أنه من حق من نسب إليه توقيع ما على سند عادي إنكار ما نسب إليه من توقيع وأن يطعن به بالتزوير " إن كان مصدقاً عليه، ومع ذلك وفقاً للمادة (٣٢/ أ /٢) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني فإن هذا يكون صعباً، حيث تنص على أنه " ما لم يثبت خلاف ذلك يفترض.... أن التوقيع الإلكتروني الموثق صادر عن الشخص المنسوب إليه وأنه قد وضع من قبله للتدليل على موافقته على مضمون السند".ومن الدفوع التي

1- محمود الكيلاني، القانون التجاري الأردني والأوراق التجارية: دراسة مقارنة، ط١، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، ١٩٩٩، ص ٢٩.

2- المرجع السابق، محمود الكيلاني، ص ٤٣٠-٤٣٣.

3- انظر المواد من القانون التجاري الأردني رقم ١٢ لعام ١٩٦٦.

4- د. غازي أبو عرابي، د. فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني: دراسة التشريع الأردني، كلية الحقوق جامعة دمشق، ٢(١) ٢٠٠٤، ص ١٧٦.

5- نضال إبراهيم، إحكام عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية، عمان، الأردن، ٢٠٠٣، ص١٥٠.

لا يجوز أن تثار في وجه حامل السند" سواء كان عادياً أم الكترونياً، فيما لو كان حامل السند حسن النية، والدفوع المترتبة على بطلان العلاقة أو انعدام السبب أو عدم مشروعيته، أو لوجود عيوب في الإرادة[١]. وفي القانون المدني الأردني فإن حيازة المنقول بسبب صحيح تؤدي إلى ملكيته، إذا كان الحائز حسن النية وقت الحيازة، وتكون الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية[٢].

ثم إن حيازة المال بحسن النية تكسب الحائز في نتاجه[٣]. وعليه فإن استغلاله يكون متوقفاً على كيفية كسبه ووقته، بحيث لا يلزم برد ما يحصل عليه من ثمار إذا تحقق عنصر حسن النية [٤].

ووفقاً للمادة (١١٧٦) من القانون المدني الأردني، فإن الحائز يكون حسن النية ما دام يجهل انه يعتدي على حق الغير ولا تزول هذه الصفة إلا من الوقت الذي يصبح فيه عالماً بأن حيازته تمثل اعتداءً على حق الغير، ويفترض حسن نية الحائز ما لم يقوم الدليل على غيره، وتؤكد المادة (٣/١١٧٧) من القانون المدني الأردني توفر سوء نية الحائز في حال ثبوت وقوع الغصب على الحيازة بالإكراه.

وفي حال ثبوت سوء نية، فإنه يترتب عليه بموجب المادة (١١٩٢) من القانون المدني الأردني التزام بالمسؤولية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قصر في قبضها، وتؤكد المادة (١١٩٦) مسؤولية الحائز أيضاً عن هلاك الشيء أو كلفة ولو وقع ذلك في سبب لا بد له فيه، ولا يسقط هذا الالتزام إلا بمرور خمسة عشرة سنة حسب المادة (٢/٤٥٠) من القانون المدني الأردني.

ومما تقدم، نلاحظ أن مبدأ حسن النية وفي كافة مجالات القانون لا يمكن تقديره فقط وفقاً للمعيار الذاتي الشخصي، بل أيضاً يمكن تقديره بناء على أسس موضوعية، وعليه فإن التحقق من وجود الخطأ العمد، يستلزم استخدام المعيار الشخصي، في حين يستخدم المعيار

1- محمود الكيلاني، التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية، ط١، دار وائل للنشر، عمان – الأردن، ٢٠٠٤، ص ٥٤٦-٥٤٧.

2- انظر المواد ٩٦٨-٩٧٥ من القانون المدني.

3- انظر المواد٩٦٧-٩٧٧ من القانون المدني.

4- تنص المادة (١١٩١) من القانون المدني الأردني على أنه : يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الثمار والمنافع مدة حيازته".

الموضوعي للتحقق من وصف التعدي[١]. وإذا كانت المسؤولية الأدبية توجد دون حاجة لوجود مظهر مادي خارجي، بل يكفي لوجود النية السيئة دون تحققها في فعل مادي ملموس، فإن المسؤولية القانونية لا توجد إلا بفعل مادي ملموس[٢].

ويرى الأستاذ السنهوري أن الخطأ يكون معدوما عندما يقصد أحدهم إلحاق الضرر بالغير، ويتجه لتحقيق ذلك دون سلوك منحرف لأن الشيء لا يقوم إلا باستكمال أركانه التي ينبني عليها[٣]. وعادة ما يلجأ القضاء إلى تطبيق المعيارين الشخصي والموضوعي في تقدير سلوك المتعاقد للتثبت من حسن النية، لذا فإن على القاضي مثلاً في دعاوى الإهمال والمسؤولية الطبية أن يقارن سلوك المدعي عليه الطبيب بسلوك الطبيب المتوسط الحريص من زملائه، وهذه قاعدة تنطبق سواء في حالة الفعل أو الامتناع، وعليه فإن الطبيب يخطئ في تشخيص المرأة الحامل عندما يقول لها بأنها ليست حامل، ونتيجة لاستخدام أدوية معينة تسبب بتشوهات في الجنين عند ولادته [٤].

1- السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص٨٩.

2- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي – الخطأ والضرر، منشورات عويدات والجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، بيروت – لبنان، ١٩٨٤، ص١٧.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، ج١، تنقيح أحمد مدحت المراغي(د.ط) منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤، ص٩٢٧.

4- فدوى محمد البرغوثي، المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة، رسالة ماجستير، جامعة القدس، ٢٠٠٣، ص ٩٩-١٠٢.

الفصل الثالث

رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في العقد

أوضحنا فيما سبق أن مبدأ حسن النية من المبادئ التي تحكم كافة مناحي الحياة لدى كافة المجتمعات، وهو من المبادئ التي استحوذت على اهتمام الفلاسفة منذ القدم، وفي هذا السياق يقول أرسطو "بانعدام مبدأ حسن النية، ينعدم التواصل بين الأفراد"[1]. لذا فإن استمرار التواصل الاجتماعي والاقتصادي بين الأفراد يحتاج إلى تطبيق مبدأ حسن النية باعتباره ضابط أساسي و وسيلة قانونية هامة لتنظيم مثل هذا التواصل.

ونظرا لأن العقود من أهم الوسائل التي تنظم العلاقات القانونية بين الأشخاص في إطار سعيهم لتحقيق غاياتهم القانونية والاقتصادية، لذا فإنها تتمتع بطابع قانوني يكفل للإنسان إشباع حاجاته الاقتصادية والاجتماعية. وتخضع هذه العقود في إنشائها وتنفيذها إلى منطق قانوني تحدده الأنظمة القانونية المختلفة، ومع ذلك تخضع ضوابطها لأثار التغيير الذي يطرأ على الظروف الاقتصادية والسياسية للدول والمجتمعات، وفي كافة الظروف تبقى العقود المنظم الأساسي لكافة أشكال العلاقات بين الأفراد في المجتمع، وتحظى بأهمية فائقة، وهو ما دفع بعض المذاهب الفلسفية في التركيز على الالتزامات والحقوق التي تفرزها العقود، فالاتجاه المتمثل في نظرية سلطان الإرادة يربط هذه الآثار بإرادة المتعاقدين، في حين يربط الاتجاه

1- Cited by Hugo Grotius in De Jure Belli ac Pacis، Libri Tres (1625)، and cited by J.F. O'Connor in Good Faith in International Law (Brookfield USA: Dartmouth Publishing Company Limited، 1991) at 56.

الأخر المتمثل بالنظريات ذات الطابع الاجتماعي أثار العقد بالقانون و يسبغ القوة الملزمة على العقد[1].

واتخذت القوانين مواقف توفيقية بين هاتين الوجهتين. وتبعاً لذلك تقتضي دراسة مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية التوفيق بين عاملين: **الأول:** هو مراعاة جانب العدالة الذي يقتضي التعويل على الإرادة الباطنة في التصرفات، والاعتداد بالبواعث المحركة لها مهما كانت بعيدة وغير مباشرة. **والثاني:** هو مراعاة جانب استقرار التعامل الذي يقتضي التعويل على الإرادة الظاهرة في التصرفات القانونية، وغض الطرف عن البواعث البعيدة وغير المباشرة[2].

وعليه فإن نظرية سلطان الإرادة ترى[3] أن العقد يرتب فقط الآثار التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين، حيث تحكم الإرادة العقد، وللأطراف الحرية في تحديد نوع التزام كل منهما ومداه ولا يحد من هذه الحرية إلا النظام العام والآداب العامة وما يضعه المشرع من قواعد آمرة [4]، ومهمة القانون الوحيدة تتمثل في ضمان المساواة بين الحريات[5]. وعلى خلاف ذلك،

---

[1]- انظر في عرض هذه النظريات د. محمد جمال عطية عيسى، مفهوم العقد(دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي والفقه الإسلامي)دار النهضة العربية-القاهرة،١٩٩٩،ص٢٥وما بعدها. و د. مسعد قطب، الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية - جامعة عين شمس، ع١و٢، س٣١، ص١٣٤ وما بعدها..

[2]- د. محمد مصباح القاضي. مبدأ حسن النية في قانون العقوبات. دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المصري والقانون المقارن.دار النهضة العربية.مصر. القاهرة. ١٩٩٧،ص٢-٣.

[3]- كان للفلسفة الفردية التي ظهرت بفعل أفكار مدرسة القانون الطبيعي والمفكر روسو و كانت ابان عصر النهضة الأوربية تأثير كبير على جوانب الحياة كافة ومن أبرزها الجانب القانوني، إذ أفرزت مبدأ سلطان الإرادة الذي يرتكز على تعظيم دور الإرادة الفردية بجعلها محور النظام القانوني بشكل عام وقانون العقد بشكل خاص، فالتشريع ليس سوى اتفاق بين أناس أحرار يلزمون أنفسهم بأنفسهم، والملكية مبنية على حرية الإرادة، والميراث مبني على وصية مفروضة، بل وصل بهم الأمر إلى اعتبار العقوبة الجنائية تجد تبريرها في الإرادة، فالمجرم الذي خرج على المجتمع أرتضى مقدماً أن يناله الجزاء. كما أن الإرادة الفردية في المجتمع المثالي هي المصدر الوحيد للالتزامات والحقوق وهي تتمتع بحرية مطلقة، إذ ليس هناك ما يقيّد سلطتها المنشئة خاصة وأن أرادة المتعاقدين تمثل العدالة، فكل ما هو عقدي هو حر وعادل. انظر د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر - القاهرة، ١٩٣٤، ص١٠٠ حاشية رقم١. ود. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج١(انعقاد العقد)، شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد، ١٩٦٧، ص٧٧-٧٨.

[4]- د. محمد إبراهيم الدسوقي، دور الإرادة في العقد، دون مكان نشر، ١٩٨٠، ص٢٦-٢٧.

[5]-أنظر: د. مسعد قطب، مرجع سابق، ص١٥١.

ترى المذاهب الاجتماعية[1] أن القانون وحده الذي يرتب أثار العقد ويحدد نطاقه، ويقتصر دور الإرادة على اختيار نوع التصرف، ولا تدخل الإرادة بتحديد مضمون العقد لأن التصرف القانوني ليس هدفها بقدر تلبية الاحتياجات[2].

ولعل الاختلاف في وجهات النظر حول دور الإرادة والقانون في تحديد آثار العقد، جعلت معظم الأنظمة القانونية تأخذ بالنهج التوفيقي[3]، الذي يهدف إلى التوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع. ووفقا لهذا النهج فإنه تقرر للقاضي دوراً جوهرياً في تحديد مضمون العقد إلى جانب إرادة المتعاقدين من خلال مساهمته الفعالة في إكمال نطاق العقد وإثراءه بالعديد من الالتزامات. من هنا، فإن إكمال العقد هو وسيلة لمعالجة النقص الذي يشوب مضمون العقد، ويتحقق ذلك بإضافة بعض الالتزامات إلى مضمونه الأصلي لتنظيم المسائل التفصيلية التي تركها المتعاقدان، أو ليكون تنفيذ العقد متفقاً مع مبدأ حسن النية وما يقتضيه من أمانة في التعامل.

ولتوضيح كيفية رقابة القاضي على إلزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية، وصولا إلى كشف الإخلال به، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين: -

المبحث الأول: رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في انعقاد العقد وذلك من خلال المبادئ التي تحكم انعقاده.

والمبحث الثاني: رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

1- ترتب على مغالاة أنصار الفلسفة الفردية في تعظيم دور الإرادة إن ظهرت ردة فعل معاكسة لأفكارهم، تمثلت بنظرية التعبير والنظريات ذات الطابع الاجتماعي التي ترجح دور القانون على دور الإرادة في ترتيب الأثر على التصرف القانوني، ويرجع ذلك إلى أسباب اجتماعية واقتصادية تجسدت في اختلال التوازن في العلاقات العقدية مما أدى إلى استغلال المتعاقد ذي النفوذ المالي والتقني للآخر الذي يكون في موقف المذعن لشروط الأول، لذا كان لزاماً على المشرع أن يتدخل لإعادة التوازن بين المتعاقدين وإيجاد المواءمة بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع. انظر: د. وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط١، مكتبة النهضة المصرية – القاهرة، ١٩٦٠، ص٥٦٨ ود. عبد الرحمن عبد الرزاق الطحان، العقد في ظل النظام الاشتراكي، أطروحة دكتوراه قدمت إلى مجلس كلية القانون والسياسة – جامعة بغداد، ١٩٨١، ص١٩ وما بعدها.

2- انظر: د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، المكتب المصري الحديث – الإسكندرية، ١٩٧٢، ص١٩.

3- انظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية – القاهرة، ١٩٦٦، ص٣٣ وما بعدها. ود. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص٨٣ وما بعدها. ود. وحيد الدين سوار، مرجع سابق، ص٥٧٥ و د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، ط١، جامعة الكويت، ١٩٩٥، ص٥٣.

المبحث الأول

التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في انعقاد العقد

يرتبط مبدأ حسن النية بشكل عام في التشريعات المدنية بتنفيذ العقد، فهو مرتبط بالمسؤولية العقدية. ويلاحظ أن مبدأ حسن النية و مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين " من المبادئ الأساسية التي بني عليها تشريع العقد. وقد ذهب بعض الفقه القانوني إلى " إن تطلب حسن النية في إبرام العقود هو التزام حتى لو لم يكن مصاغا صراحة في أي نص، هذا الالتزام يلهم الفقه منذ مدة طويلة وأفضل إثبات لذلك، موقف الفقه تجاه سير المفاوضات"[١]. فالالتزام بالتعاون و الالتزام بالأمانة والإخلاص، تتفرع هذه الالتزامات من مبدأ حسن النية وتوجب على أطراف العقد أن يبادروا إلى تنفيذ العمل المتفق عليه بأفضل أسلوب وبما يتلاءم مع معيار الموضوعية، فواجب الأمانة والإخلاص يستلزم مراعاة التوازن في العلاقة العقدية – بمعني أن يكون العقد عادلاً - بحيث يحصل الطرف الأخر في العقد على ميزة تتناسب مع ما حصل عليه شريكه.

إن رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في انعقاد العقد، تتمثل أولا برقابته على التزامهم بأحكام القانون، و يفترض دائما حسن النية حتى يثبت العكس. فيفترض أن المتعاقدين قد اتفقا على كل المسائل الجوهرية، لأن الأصل هو رضا المتعاقدين وما التزما في العقد. فإذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. و يرى الباحث أن اختلاف الفقه حول الإرادة المعتبرة، لا يمنع من القول بأن القانون قد أعطي القاضي مجالا واسعا في رقابة التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في انعقاد العقد.

---

[1] – جاك غيستان، المطول، تكوين العقد، مرجع سابق، ص٢٦٨

وقد خصصنا هذا المبحث لتوضيح رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في انعقاد العقد وذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: رقابة القاضي من خلال مبدأ توافق الإرادتين.

المطلب الثاني: رقابة القاضي من خلال الاستناد إلى معايير موضوعية.

المطلب الأول

رقابة القاضي من خلال مبدأ توافق الإرادتين

الأصل في التعاقد أن الأمر متروك للمتعاقدين في تحديد العلاقة العقدية المستقبلية فيما بينهم، ومع ذلك فإن عملية التعاقد في الوقت الحاضر تبرز أكثر من مجرد صلة أو علاقة بين أطراف العقد، ومع ذلك لا تزال القوانين في كل من فرنسا والولايات المتحدة تنطوي على مصاعب في تطبيق وتفسير مثل هذه العقود. ففي الولايات المتحدة قام Macneil بدراسة السلوكيات العقدية وتوصل إلى دحض النظريات التقليدية بهذا الخصوص، وعليه ابتكر فكرة جديدة في سياق العلاقات التعاقدية أطلق عليها العقود العلائقية Relational Contracts ، ووضع اثني عشرة معياراً لتحديد فيما إذا كان العقد علائقي أو منفصل[١]. وهنا يمكن القول بأن العقود تكون علائقية كما هو الأمر في عقود التوظيف، في حين تكون منفصلة في عقود الاشتراك.

إن القوانين عموماً تتضمن مبادئ أخلاقية كالعقد شريعة المتعاقدين، وهي ترجمة لواجب الوفاء بالعهود وأن العقود لا تلزم إلا أطرافها، ومبدأ حسن النية في إبرام العقود وتنفيذها ولا تكليف

1- See D. Campell، The relational constitution of the discrete contract in Contract and Economic Organization : Socio-Legal Initiatives، Aldershot، Brookfield، Vt، Darmouth 42 (1996) : "It is، I believe، now generally accepted that Ian Macneil 's work is the most substantial contribution to the relational theory of contract"; J. M. Feinman، Relational contract theory in context، 94 Nw. University L. Rev. 737 (2000): "All of the participants recognize the immense contribution Macneil has made to contract scholarship"; M.A. Eisenberg، Why there is no law of relational contracts، 94 Nw. L. Rev. 812 (2000): "Relational contract theory، fathered by Ian Macneil".

بمستحيل، ولا يجوز للشخص أن يصطنع دليلاً لنفسه، ولا يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه ......الخ. لذا ينشأ على عاتق كل من المتعاقدين التزام بالتفاوض يتحدد مضمونه بقيام كل منهما ببذل جهد معقول ويسلك المسلك الذي يقتضيه مبدأ حسن النية والثقة المشروعة بين الأفراد ويتجسد ذلك باتخاذ مواقف من شأنها أن تذلل العقبات وتقرب وجهات النظر للوصول إلى اتفاق بشأن المسائل التفصيلية[1].

من هنا، حاول المشرع الأردني أن يوفق بين المعيارين الشخصي والموضوعي، حيث تنص المادة(٢٠٢) من القانون المدني على انه يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. و نصت المادة (٦٧٥) من القانون ذاته على التزام المتعاقدين في عقد الإيجار بتنفيذ العقد بصورة تحقق الغاية المشروعة منه وتتفق مع مبدأ حسن النية. واشترطت المادة (٢٩٩) لصحة الوفاء من غير المدين، حسن نية الدائن، وهذا يعني أن يكون التنفيذ متفقاً مع ما يوجبه حسن النية، مما يستلزم الرجوع إلى السلوك الشخصي للمدين وقصده الحقيقي لمعرفة ما إذا كان قد اتبع مبدأ حسن النية أم لا، وهو الأمر الذي يختلف من مدين لأخر ويتنوع حسب طبيعة العقود، ولكن نص المادة (١٥٦) من القانون ذاته على عدم السماح للطرف الذي وقع في غلط بالتمسك بحق الفسخ على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية، و اشترطت المادة (٣٦٨) حسن النية للدائنين والخلف الخاص للتمسك بالعقد الصوري، وهذا يعني أنه أصبغ النزعة الشخصية فقيّدت المعيار الذاتي بمجموعة من الضوابط الموضوعية في تحديد نطاق العقد التي من شأنها أن تحقق التوازن بين المعيارين الشخصي والموضوعي، وذلك حينما نصت على عدم اقتصار العقد على ما ورد فيه بل بانصرافه أيضا إلى ما هو من مستلزماته وفق القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام[2].

و يقصد بالمعيار الذاتي لمبدأ حسن النية " اتجاه نية المتعاقد إلى التقيد بأحكام القانون، والقيم الأخلاقية و الاجتماعية و إلى أن يسلك سلوكا متفقا و تلك القيم ومقتضيات حسن النية"[٣]. وحسن نية المتعاقد وفقا للمعيار الذاتي ،هي وضعية المتعاقد الذي لا ينوي الإضرار بالمتعاقد

1- نظر: د. صالح ناصر العتيبي، مرجع سابق، ص٨٢.

2- انظر: د. نزيه محمد الصادق المهدي، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دون مكان نشر، ٢٠٠٤، ص٢٣٢ وما بعدها.

3 – د.محمود أبو زيد ، علم الاجتماع القانوني ، الطبعة الثانية، مكتبة غريب ،١٩٩٤، ص ٢٠٧-٢١٣

الأخر ولا ينوي كسب منفعة غير مشروعة [١]. وهو أمر مفترض لا يمكن نفيه إلا بإثبات سوء النية وهذا الإثبات يمكن أن يتم بجميع طرق الإثبات [٢] وهناك من عرف المعيار الذاتي انه " معيار تقاس به مسؤولية الشخص إلى شخصه"[٣].

أما ما يتعلق بالمعيار الموضوعي لمبدأ حسن النية فيقصد به " تنفيذ الالتزام بصورة تتفق وأحكام القانون وقيم المجتمع وأخلاقياته و أن يكون السعي في ذلك جديا"[٤]." حيث ينظر القاضي في هذا المعيار إلى المسلك المتوقع للرجل العادي العاقل الموجود في الظروف نفسها للمدين"[٥]. إذ يتجرد من الظروف الذاتية الملابسة لشخص المدعي عليه، حيث إنها ظروف داخلية ملتصقة به لا يصح النظر إليها، و إلا انقلب المعيار إلى معيار شخصي. و لذلك عند بحث توافر حسن أو سوء النية الموضوعي لا ينظر إلى كون المعتدي متواضع الذكاء أو بليد الطبع أو عصبي المزاج أو غيرها من ظروفه الداخلية. فالقاضي لا يعتد بهذه الظروف، بل عليه أن ينظر للظروف الخارجية العامة التي يخضع لها الناس كافة، ويقدر سلوك الشخص بحسب السلوك المألوف للشخص المعتاد"[٦].

من هنا، فإن القاضي عليه أن ينظر إلى طبيعة العقد نظرة متطورة ومرنة تراعي ظروف المجتمع وصفات المتعاقدين، جاعلا نصب عينيه اعتبارات العدالة وحسن النية في تنفيذ العقد، ثم يعمل على تكملته بالالتزامات التي تقتضيها طبيعة هذا العقد. وعليه يمكن القول أن القاضي يقوم برقابة التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في تكوين العقد من خلال التزامهما بالمبادئ التي تحكم انعقاد العقد والتي نص عليها المشرع في القانون المدني، فمن خلال مبدأ توافق الإرادتين، يقوم القاضي بالتأكد من أن الإرادة صدرت من شخص يملك الأهلية للتعبير عنها، وكذلك يتأكد من أن هذه الإرادة غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة.

---

[1] – د. يحي بني طه، مرجع سابق ، ص ١٧

[2] – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٦٠٠، هامش ١

[3] – د. بشار الملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص. مرجع سابق، ص ١٩٨

[4] – د.محمد منصور، المسؤولية الالكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص٥١

[5] – زكريا جراح، الخطأ في المسؤولية العقدية، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة- مصر، ١٩٩٩، ص١١٣

[6] – رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص٣٣٣

بيد أن القاضي لا يجوز له أن ينظر إلى العدالة وفقا لمفهومه الخاص أو أن يطبق فكرته الشخصية للعدالة عند التأكد من مدى التزام أطراف التعاقد بمبدأ حسن النية، وإنما عليه أن ينطلق من اعتبارات موضوعية تنسجم مع طبيعة العقد، وما يستلزمه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد من قيام المتعاقدين بسلوك المسلك المطابق للثقة المشروعة المتولدة من تبادل الرضا فيما بينهما. وقد ذهب بعض الفقه القانوني إلى " إن تطلب حسن النية في إبرام العقود، هو التزام حتى لو لم يكن مصاغا صراحة في أي نص، هذا الالتزام يلهم الفقه منذ مدة طويلة، وأفضل إثبات لذلك، موقف الفقه تجاه سير المفاوضات"[١].

وحاول الفقه والقضاء الفرنسيين تفعيل مبادئ جديدة في نظرية العقد تقوم على سيادة روح التعاون الايجابي بين المتعاقدين وزرع بذور الثقة في العلاقة بينهما، وإلزامهما بإتباع المسلك الذي يقتضيه مبدأ حسن النية والأمانة في التعامل، حتى يكون العقد وسيلة عادلة لتحقيق مصالحهما المشتركة. ويعد الالتزام بالتعاون مظهراً من مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، ويعني ذلك قيام كل متعاقد ببذل العناية اللازمة للوصول بالعقد إلى التنفيذ الأمثل ، فهو يوجب على كل من طرفي العلاقة العقدية السعي وبشكل ايجابي لمساعدة الطرف الأخر والقيام بما ييسر عليه تنفيذ التزامه، حتى تتحقق الثمرة المرجوة من العقد ، وليصلا إلى أقصى المنافع المتوخاه من إبرامه[2].

إن فكرة تدخل القاضي في الرقابة على تطبيقات مبدأ حسن النية في العقود ليست فكرة حديثة على الأنظمة القانونية المعاصرة، حيث كان للقاضي في ظل القانون الروماني دورا فعالاً في التحقق من أن أطراف العقد التزموا بالتعامل الجيد، الصادق والنزيه في تنفيذ التزاماتهم التي لم ينص عليها العقد بشكل صريح[٣]، وعلاوة على ذلك فإن فكرة ضبط معايير التعامل بحسن نية لم تكن أيضا غريبة على القانون الطبيعي والذي كان يتوسع في تفسير وتطبيق قاعدة *pacta sunt servanda* والذي تطلب الأخذ بعين الاعتبار الوعود والاتفاقيات في مجال التعاقد. إن فكرة مبدأ حسن النية وفقا لمفهوم القانون الروماني أو ما تعرف بـــ *Bona fides* /good faith كانت تقوم على مفهوم أخلاقي مطبق في سياق قواعد معينة، ففي ظل القانون الروماني كانت

---

1 – جاك غيستان، المطول، تكوين العقد، مرجع سابق، ص٢٦٨

2 – السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة، ١٩٨٩، ص٩٢٩.

3– S. Litvinoff، "Good Faith" (1997) 71 Tul. L. Rev. 1645 at 1651–53.

تطبيقات مبدأ حسن النية على العلاقات التعاقدية دائما مقترنة بالثقة ، ووعي الضمير والسلوك الشريف[١].

ويفرض مبدأ حسن النية على كل متعاقد أن يبتعد عند تنفيذ العقد عن أي غش أو تدليس يكون من شأنه حرمان المتعاقد الأخر من مزايا العقد، وأن عليه أن يلتزم بواجب الأمانة وشرف التعامل عند تنفيذ التزاماته، وبعبارة أخرى، إن على كل متعاقد أن يقوم بتنفيذ التزاماته بالطريقة التي يتمنى أن تؤدى له، ويتعين على كلا المتعاقدين أن يتعاونا سوياً حتى يصلا بعقـدهما إلـى أفضل نتيجة، لذا فإن على كل طرف أن يبذل جهده ليبسرعلى الأخر تنفيذ التزامه، من هنا فـإن مبدأ حسن النية وما يفرضه على كلا المتعاقدين من واجب الأمانة والتعاون يبرر فرض الالتزام بالإعلام أو التحذير أو النصيحة في بعض العقود وبخاصة تلـك التـي يختـل فيهـا التـوازن الاقتصادي والمعرفي بين المتعاقدين، إذ يفرض على المتعاقد المهني التزام بالإعلام أو التحـذير أو النصيحة للمتعاقد معه[2]. ويرى الفقه الاسترالي، بأن مبدأ حسن النية في العقود يشتمل مـن الناحية العملية على ثلاثة أفكار رئيسة، وهي التزام أطراف العقد بأن يتعاونوا لتحقيـق الهـدف التعاقدي، والإذعان لمعايير الأمانة في كافة التصرفات العقدية و العمل المتبادل لتحقيق مـصالح الطرف الأخر في العقد[3] . ومع ذلك، فإن القاضي الاسترالي لا يقوم بالرقابة للتأكد مـن مـدى تطبيق الأطراف لمبدأ حسن النية في العلاقات العقدية بنـاء علـى صـلاحياته الافتراضـية و الاستنتاجية لما قصد إلى تحقيقه الأطراف، بل يكون في هذه الرقابة محكومـا إلـى النـصوص الظاهرية والمكتوبة في العقد. وعلى الرغم من تعدد المحاولات الرامية لتطبيق هذا المبدأ علـى العلاقات العقدية في ظل النظام القانوني الأسترالي، إلا أن هذا المحاولات واجهت العديـد مـن المشاكل الخاصة بالنظرة المجردة لهذا المبدأ وعدم ملائمته للتطبيق على الحالات فـي القـانون الاسترالي[4].

1- J.F. O'Connor in Good Faith in International Law (Brookfield USA: Dartmouth Publishing Company Limited، 1991) at ١١٧.

2- د. سعيد سعد عبد السلام، مرجع سابق، ص٩٠. ود. حسام الاهواني، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٢٠٧.

3- See in general M ason A، 'Contract، Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing' (2000) 116 Law Quarterly Review، p. 66.

4- See in details Cary Di Lernia، Nigel Finch and Andrew Terry، Good Faith- An Idea Past Its Time، (2009) Faculty of Economics and Business، The University of Sydney.

وهذا على خلاف ما يذهب إليه جانب أخر من الفقه، والذي يرى بأن القاضي في رقابته على مدى تطبيق الأطراف لمبدأ حسن النية في التعاقد فإنه يستند في هذه العملية القانونية إلى إرادة المتعاقدين، لأن العقد تصرف قانوني إرادي، وأنه في حقيقة الأمر نتاج كامل لتلاقي إرادتين "meeting of minds" [(1)]، وعليه فإن العبرة تكون للإرادة في تحديد كافة جوانبه، من حيث الإنشاء وترتيب الآثار، لذا فإن تدخل القاضي في سياق التأكد من التزام الأطراف بتطبيق مبدأ حسن النية لا يكون من قبيل تنظيم العقد أو التأثير على الإرادات المنظمة له ، ولكن من أجل تكملة ما عجزت الإرادة الناقصة عن القيام به[(2)].

كذلك فإن مبدأ حسن النية يلعب دوراً هاما في تفسير العقود. ففي الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الأمريكية في قضية *Tymshare Inc v. Covell* والذي اعتمدت فيه على الآراء الفقهية للأستاذين " سومر " و " فارن سورث" قررت بأن "مبدأ حسن النية يعد بمثابة أداة للكشف عن الالتزامات الضمنية التي ينطوي عليها العقد، والتي يجب عدم ممارستها في نطاق سلوك معين، أو بمعني أخر، أن لا تمارس بسوء نية".[(3)] ومن هنا، فإن كل العقود تنطوي على التزامات ضمنية تفرض على الأطراف الامتناع عن القيام بأي تصرفات تلحق الضرر بمصالح الطرف الأخر في العقد، وكذلك الالتزام بالعمل الجاد من اجل تحقيق غايات وأهداف العقد، وهو ما يعني أن كل عقد يحتوي على التزام ضمني بحسن النية والتعامل النزيه والعادل[(4)].

وفي السياق ذاته، يثور تساؤل حول صلاحية القاضي في التدخل للرقابة على تطبيق الأطراف لهذه الالتزامات الضمنية التي قد لا يصرح عنها في العقد، **فهل القاضي ملزم فقط بالتحقق من الإرادة المشتركة للمتعاقدين المصرح عنها في العقد؟ وهل يمكن للقاضي أن**

---

[1]- MARK R. FREEDLAND، THE PERSONAL EMPLOYMENT CONTRACT 119 (2003)،p.124.

[2]- أنظر: د. وليم سليمان قلادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري، ط١، المطبعة الحديثة-القاهرة، ١٩٥٥، ص٣٤٨. ود. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول -نظرية العقد، مطبعة نوري - القاهرة، ١٩٤٣،ص٢٧٤. ود. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج١، مصادر الالتزام، ط١، دون مكان نشر، ١٩٨٦، ص٣١٩. ود.عبد المجيد الحكيم، الموجز، مرجع سابق، ص٣٨٨. ود. غني حسون طه، مرجع سابق، ص٣٥٣.

[3]- Tymshare Inc v. Covell ، 727 F.2d 1145 (D.C. Cir. 1984) at 1152.

[4]- Good Faith Performance in Employment Contracts، U. PA. Journal of Labor & Employment Law (2006) Vol. 8:4، p.918.

يتجاوز هذا الحد للبحث في الإرادة الضمنية للمتعاقدين وبالتالي إمكانية الكشف عن الجوانب التي أخفقت الإرادة في تحديدها، ومن ثم إمكانية اكمال ذلك النقص؟[1]. وفي جميع الأحوال فإن السؤال المحوري هنا، **يدور حول كيفية الكشف القضائي عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين في العقود ؟**

هناك اختلاف في وجهات النظر إزاء الإجابة على هذا السؤال، ففي حين يري البعض أن القاضي لا يمكن أن يعتمد فقط على الصياغة المكتوبة في العقد والتي تعبر عن الإرادة المصرح عنها لأطراف التعاقد، خاصة إذا برزت بوادر النزاع التي توحي بشكل أساس أن بنود العقد جعلت احد أطرافه يقع تحت رحمة الطرف الأخر، ففي هذه الحالة يكون تدخل القاضي لحماية الطرف الضعيف في العقد أمرا يستوجبه القانون وفقا لمعايير التعامل العادل وما يمليه مبدأ حسن النية في التعاملات العقدية[2]. وهنا يمكن للقاضي أن يعتمد على الوسائل التي حددها له المشرع، فطبيعة التعامل وطبيعة الالتزام توجب مستلزمات للعقد يجب أعمالها، ويتركز عمل القاضي في هذه الحالة على دراسة العقد وتحليله من اجل الكشف عن مضمون الإرادة المشتركة لأطرافه[3].

وعلى الرغم، من أن معظم الأنظمة القانونية تعطي الحق لأطراف العقد في الاتفاق على كافة شروطه وبنوده وبمحض إرادتهما الحرة، وبشكل لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة والقوانين السارية[4]، إلا أن ذلك لا يمنع القاضي أن يتدخل في بعض الحالات لإكمال جوانب النقص التي عجزت إرادة الأطراف عن إكمالها، وذلك من اجل حماية المصالح العقدية للأطراف والوسائل التي يستخدمها في سياق الكشف عن الإرادة المشتركة هي بمثابة ظروف خارجية ترمي إلى تكميل التعبير الرئيس الذي لم يتضمن سوى المسائل الجوهرية، ولهذا يلجئ

1- أنظر: د. وليم سليمان قلادة، مرجع سابق، ص٣٤٨.

2- Wood v. Lucy، Lady Duff-Gordon، 222 N.Y. 88، 91، 118 N.E. 214، 214 (1917) (referencing nowhere an application of the implied covenant of good faith، but demonstrating the willingness of a court to recognize the imposition، upon contracting parties، of principles of fairness in dealing).

3- د. وليم سليمان قلادة، مرجع نفسه، ص٣٤٩.

4- See in general Harry Shulman، Reason، Contract، and Law in Labor Relations، Harvard Law Review، 68:999 (April 1955).

القاضي من أجل تنظيم المسائل التفصيلية التي لم يتضمنها هذا التعبير إلى الإرادة الباطنة للمتعاقدين التي تكشف عنها مختلف الظروف الخارجية[1]. وهنا نشير إلى أن القاضي لا يحاول الاعتماد على ظروف خارجية تتناقض مع إرادة الأطراف في التعاقد، وإنما يعتمد في تفسيره لبنود العقد على بوادر حسن النية التي يبديها طرفي التعاقد من أجل الوصول إلى حل للموضوع محل النزاع[2]، وتنحصر مساهمة هذه الظروف في الكشف عن الإرادة المشتركة للأطراف في التعاقد[3] .

في حين يرى جانب أخر من الفقه، أن القاضي يكشف عن إرادة المتعاقدين بواسطة العوامل التشريعية، فهو يبحث عن طبيعة التعاقد، أي الطبيعة القانونية لنوع العقد الذي قصد المتعاقدان إبرامه، أو التنظيم القانوني للمادة التي عالجها المتعاقدان في عقدهما، فإذا كانت عبارات العقد عامة فإنها تحدد بالرجوع إلى الموضوع الذي تم التعاقد بشأنه أو بالمعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد ما يصرح بعكس ذلك [4].

ويمكن للقاضي أيضا أن يعتمد على الأمانة والثقة أو حسن النية كوسيلة تشريعية لاستجلاء نية المتعاقدين خاصة وأن الثقة والأمانة من مقتضيات حسن النية في إبرام العقود وتفسيرها وتنفيذها، وعليه لا يمكن القول بأن موجه التعبير في العقد يمتلك إرادتان، إحداهما ظاهرة غير حقيقيه، والثانية باطنه يحتفظ بها لنفسه مما يتعارض مع مصلحة الطرف الأخر في العقد، فحسن النية يساعد القاضي عند تفسيره لمكنون العقد في التعرف على نية المتعاقدين المشتركة من خلال تطبيق مقتضيات الأمانة والثقة[5]. وفي جميع الأحوال، فإن القاضي عندما يكون بصدد الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين يجب ابتداء أن يتعرف على الإرادة الصريحة للمتعاقدين في العقد، فإذا لم يجدها التجأ إلى الإرادة الضمنية من خلال الطبيعة القانونية للعقد

1- د. وليم سليمان قلادة، مرجع نفسه، ص٣٤٩.

2- Aleš Zalar، Legislative and judicial incentives to early (amicable) resolution، 1st European Conference of Judges" Early settlement of disputes and the role of judges" organized by the Council of Europe in co-operation with the Consultative Council of European Judges (CCJE) 24 and 25 November 2003 Strasbourg، p.54..

3- د.وليم قلاده، المرجع نفسه، ص٣٥٣.

4- د. عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥، ص٢٢٨.

5- د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٩٨.

وموضوعه ومقتضيات الثقة والأمانة كإحدى الركائز الأساسية التي يقوم على مبدأ حسن النية في التعاملات العقدية والتي تكشف في العادة عن الإرادة المفترضة لدى المتعاقدين، وفي هذا الإطار يكون الهدف الأساسي للقاضي ليس فقط الكشف عن النية الفعلية للمتعاقدين، بل أيضا تكملتها إذا اقتضت الظروف ذلك[1] . ففي ظل أنظمة القانون المدني، يعد مبدأ حسن النية وما يشتمل عليه من عناصر أساسية الضابط الأساسي لكافة السلوكيات التعاقدية في العلاقات القانونية التي ينشئها العقد بين أطرافه، وهو يحكم كافة مراحل التعاقد، التفاوض، وصياغة العقد وتنفيذه[2].

أما موقف المشرع الأردني من مسألة دور القاضي في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين في العقد، يتمثل في تحديد وسيلة محددة يمكن معها استجلاء مقاصد أطراف التعاقد، وهذه الوسيلة هي التعبير اللفظي أو المكتوب الذي يدل على إرادة الأطراف. وفي هذا السياق يلاحظ ، أن المشرع يعرف العقد على أنه ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الأخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[٣]. ووفقاً لهذا التعريف فإن العقد لا ينعقد إلا بوجود إرادتين، هما إرادة الموجب و إرادة القابل، علماً بأن الإرادة تعني قصد القيام بفعل أو الامتناع عن فعل في الحال أو في المستقبل [٤].

وفي جميع الأحوال فإن وجود الإرادتين لا يكفي لقيام الرضا، فحتى يقوم الرضا الذي هو ركن العقد[٥]. لابد أن تتوافق هاتين الإرادتين، ومن هنا فإن الوسيلة الأساسية للتعرف على إرادة الأطراف في التعاقد ووفقا لرؤية المشرع الأردني تتمثل في التعبير عن تلك الإرادة وتحديد أثارها وهذا التعبير يتمثل أما باللفظ أو بالكتابة أو الإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس و بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي و باتخاذ أي مسلك أخر لا تدع ظروف الحال مجالا للشك في دلالته على التراضي.

1- أنظر: د. حلمي بهجت بدوي، مرجع سابق، ص٢٧٤.

2- O. Lando and H. Beale. Principles of European Contract Law – Parts I and II Combined and Revised. Kluwer Law International، The Hague، London ،Boston، 2000.

3- المادة ٨٧ من القانون المدني الأردني.

4 – جمال النشار، النية وأثرها في البناء في ملك الغير، دار الجامعة الجديدة، مصر، الإسكندرية، ١٩٩٩، ص١٨

5 – تمييز حقوق رقم ٦٥/٢٥٢ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٦٦

يرى جانب من الفقه الأردني، بأن التعبير عن الإرادة هو الإرادة في حد ذاتها الرامية لإبرام العقد وتنفيذه بما ينسجم مع النية المشتركة لأطراف العقد، والذي يأخذ شكل الإيجاب أو القبول، وبالتالي لا ينشأ العقد إلا بتطابق الإيجاب و القبول و توافقهما [1].

مما تقدم، يتضح لنا أن القاضي في الفقه العربي وحتى الغربي، له أن يستعين في التعرف على نية المتعاقدين المشتركة بأمور يستمدها من طبيعة التعامل، الأمانة والثقة ، والظروف الخارجية التي تهدف إلى تكميل التعبير الرئيس الذي لم يتضمن سوى المسائل الجوهرية، وذلك لتنظيم المسائل التي لم يتضمنها التعبير الصريح. وفي ظل القانون الأردني فإنه ليس بالضرورة أن يعكس التعبير عن الإرادة دائما، الإرادة الحقيقية لأطراف التعاقد، وبالتالي هناك إرادة خفية باطنه للأطراف، قد تأخذ منحى أخر غير ذلك المعبر عنه في الإرادة الظاهرة [2]. **وهذا الأمر يقودنا إلى تساؤل حول كيفية ممارسة القاضي لرقابته على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية من خلال مبدأ توافق الإرادتين؟**

وللإجابة على هذا التساؤل لا بد من توضيح ماهية توافق الإرادتين، حيث تشير المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني إلى أن العقد هو " ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الأخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"، ولكن يأتي المشرع ذاته وينص في الماد (٩٠) من ذات القانون على أن العقد " ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينه لانعقاد العقد". وفي تفسيرنا لما جاء في نصوص المواد (٨٧ و٩٠) من القانون المدني الأردني نلاحظ أن المشرع ربط تمام إبرام العقد وانعقاده بمجرد "ارتباط" القبول بالإيجاب، ولكن هذا التفسير يصبح عاجزاً مع قراءة المادة (١/٩٩) من القانون المدني الأردني والتي تنص على انه " يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب"، وهو نص جاء بصيغة الأمر، وعليه فلا يكفي الارتباط لانعقاد العقد بل يجب أن يكون القبول "مطابقا" للإيجاب.

وفي هذا السياق، جاء المشرع الأردني لتوضيح كيفية تطابق القبول بالإيجاب، حيث نص في المادة (١/١٠٠) "يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها. أما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو اثبت هذا الاتفاق بالكتابة". نلاحظ أن "الاتفاق" على بعض المسائل الجوهرية لا يكفي لالتزام

---

[1] – يحي احمد بني طه، مرجع سابق، ص٩٦-٩٧.

[2] – عصام سليم، أسس الثقافة القانونية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠١،ص٢٥٩

الطرفين بل يفرض المشرع على الأطراف "الاتفاق" على كل المسائل الجوهرية، وتجدر الإشارة إلى أن اختلاف شراح القانون المدني الأردني حول الإرادة المعتبرة في انعقاد العقد بين الظاهرة والباطنه، لا يمنع من قول أن كلاهما معتبر أمام القاضي، فإن كانت الأولى واضحة وملتزمة بما يفرضه القانون فإنها تكون معتبرة لدى القاضي، وإن كانت غير ذلك أي لم تكن واضحة، فإن القاضي يقوم بالبحث عن النية المشتركة. و على كل ففي الحالين قد صار حسن النية أمراً مقرراً ، يجب تقصيه في نطاق البحث عن الإرادة القانونية، و هو مفترض أساسا بمعنى أن تعامل كل فرد إنما يقوم أصولا على حسن نيته و أمانته و إخلاصه، إلى أن يثبت المدعي عكس ذلك [١].

فالقاضي من خلال الاعتماد على الوسائل التشريعية وغير التشريعية لمعرفة نية التعاقد المشتركة لدى الأطراف في العقد، وبالتالي فإنه يمكن للقاضي التعرف على الإرادة المشتركة لأطراف التعاقد من خلال تفسير الظروف الخارجية، أو طبيعة التعاقد أو تفعيل عناصر مبدأ حسن النية، أو من خلال النظر إلى النوايا والمقاصد الكامنة في الإرادة الباطنة للأطراف أو حتى في تفسير العقد على ضوء روح العقد والغرض منه[٢]. وعليه إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، وهذا يعني أن على القاضي عند تفسير عبارات و شروط العقد الغامضة أو غير الواضحة، أن يستبعد كل تفسير يبنى على التضليل أو الغش أو سوء النية، بل يجب أن يبني تفسيره على مقتضيات حسن النية، فلا يقبل مثلا من متعاقد استغلال خطأ المتعاقد الأخر في تعبيره عن إرادته[٣]

وفي ظل القانون المصري، جاءت الفقرة الثانية من المادة (١٥٠) للقانون المدني على أن للقاضي اللجوء إلى وسائل مختلفة للكشف من خلالها عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وحددت هذه الوسائل بطبيعة التعامل، وعوامل الثقة والأمانة، ووسائل خارجية أخري تتعلق بطريقة تنفيذ العقود والظروف الشخصية والموضوعية للمتعاقدين[٤]. وفي السياق ذاته، تجيز

---

[1] – د.حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق، مرجع سابق، ص ٧٨

[2] – أنظر : عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، ١٩٨٤ ، ص ٥٢٢-٥٢٣ ود. حسام الاهوائي، المصادر الإرادية ، طبعة ١٩٩٠-١٩٩٥، ص ١٩٨ ، و د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص ٦١٠ .

[3] –د يحي بني طه، مرجع سابق، ص ٩٨

[4] – تنص المادة ١٥٠ (٢) من القانون المدني المصري على "أذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة " .

المادة (٢/١٤٦) من ذات القانون للقاضي في حالة إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب عليها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي صار مرهقاً لأحد أطراف العقد ويهدده بخسارة فادحة أن ينقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ومفهوم هذا أن يستمر المتعاقد الذي يشكو الإرهاق في تنفيذ التزامه، لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الإرهاق، فإذا امتنع من جانبه وتوقف عن تنفيذ التزامه كله أو بعضه فلا يستفيد من نظرية الظروف الطارئة ولا يحق له المطالبة بالتعويض لأن الهدف الرئيسي لهذه النظرية هو مساعدة المتعاقد على تنفيذ التزامه التعاقدي وتخفيض الأضرار التي أنزلتها به الظروف الطارئة بسبب تنفيذ التزامه التعاقدي وذلك بشرط استمراره على تنفيذ هذا الالتزام، لأنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية فكان على المميز ضدهم الاستمرار في تنفيذ العقد ثم المطالبة بالتعويض[1].

وبالنسبة للفقه الفرنسي لم يتفق على رأي أو اتجاه موحد بشأن نظرية الظروف الطارئة ومدى الأخذ بها من عدمه، حيث حاول قسم من الفقهاء أيجاد السند القانوني للنظرية ضمن المبادئ العامة للتشريع الفرنسي ليمهدوا الطريق أمام القضاء للأخذ بها من خلال الأفكار التي أثارها ومنها أن النظرية تقوم على أساس المبدأ القاضي بأن العقود يجب تنفيذها بحسن نية وليس من حسن النية أن يتعسف الدائن على المدين إذا كان التزام هذا المدين مرهقاً له لظروف طارئة لم تكن في حسبانه، كما ليس من العدل أن يحاسب المدين عن ظروف طارئة سببت ضرراً جسيماً لم يكن متوقعاً وقت العقد. وإن النظرية تستند إلى مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق ومبدأ الإثراء بلا سبب وقد رد خصوم النظرية على ذلك بقولهم إن حسن النية يقضي بأن ينفذ المتعاقدان ما اتفقا عليه وأن الدائن لم يثرَ بلا سبب بل إن هناك سبباً لإثرائه وهو العقد[2]. بالإضافة إلى أن الدائن حين يطالب بحقه الذي تعاقد على أساسه ومن أجله لا يعتبر متعسفاً في طلبه هذا رغم الاختلاف في ظروف تنفيذ المدين لالتزامه. وقد استدلت هذه الوجهة ببعض الأحكام القضائية التي ربطت هذه الالتزامات بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود فقد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف باريس لمخالفته المادة (١١٣٤) من القانون المدني برفضه طلب فسخ العقد بالرغم من أخلال البائع بالتزامه بالإعلام بعدم إفضائه للمشتري بوجود نزاع قضائي حول قطعة ارض مجاورة للقطعة المشتراة مملوكة لنفس البائع، ومن شأن هذا النزاع

---

[1] تمييز حقوق رقم القرار ١٢٢٩/ح/٩٦٧ في ١٩٦٨/١/٢٧، قضاء محكمة التمييز، المجلد الخامس، ص٣٠٧.

[2]- فاضل شاكر النعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، مرجع سابق، ص ٩٧

تأخر المشتري في البدء في بناء المسكن الذي يريده وهو ما يعد من الصفات الجوهرية التي يتعين الإفضاء بها للمشتري[1].

ويعد مبدأ حسن النية في العقود، وما يشتمل عليه من مقتضيات أساسية للصدق في التعامل، والأمانة والإخلاص والجدية في تنفيذ التصرفات العقدية والالتزامات الأخلاقية مع الطرف الأخر في العقد، من أهم المبادئ التي تأخذ بها معظم الأنظمة القانونية. ولقد توسع الفقه القانوني في تحديد الإطار العام لهذا المبدأ والذي من خلاله يمكن للقضاء أن يستجلي الإرادة المشتركة لأطراف التعاقد، حيث يرى Powers أنه " التزام أطراف العقد بتنفيذ شروطه وبنوده بنزاهة وأمانة"[٢]، خاصة وأن تطبيق هذا المبدأ يرتبط بالقواعد القانونية التي تعنى بالأمانة والنزاهة والملائمة. وفي هذا الصدد يصفه O'Connor بأنه : مبدأ أساسي مستمد من قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين the rule *pacta sunt servanda* ، والقواعد القانونية الأخرى ، والتي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالصدق والنزاهة والمعقولية، ومنظومة القيم الاجتماعية والاقتصادية والأخلاقية التي تسود في المجتمع[٣]. وعليه فإن الرقابة القضائية على مدى التزام أطراف العقد بتنفيذ هذا المبدأ لا تقتصر على إرادة أحد المتعاقدين دون الأخر، بل تشمل النية المشتركة للمتعاقدين. فإذا كانت عبارة العقد مثلا غير واضحة أو مبهمة، بحيث تحتمل في جزئياتها أو في جملتها أكثر من معنى ، يلجأ إلى تفسير العقد من أجل الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين وليس لاستجلاء الإرادة الفردية لكل منهما[٤].ولعل أهم ما يميز هذا المبدأ انه يتطلب من أطراف العقد أن يتمتعوا بالصدق والموضوعية والنزاهة في التعامل أثناء مرحلة المفاوضات للتعاقد، وبمجرد الوصول إلى التعاقد أن يلتزموا بالتعاون بصدق ونزاهة لتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، وعليه فإن الهدف الأساسي لرقابة القضاء على تطبيق هذا المبدأ منع إرادة المتعاقدين لإبرام عقد ما و تنفيذه بقصد إلحاق الضرر بالغير، لذا فإن كل ما يصدر عن الإرادة خاضع لرقابة مبدأ حسن النية،

1- د. حمدي احمد سعد، مرجع سابق، ص١١٠ حاشية رقم ١.

2- P. J Powers، "Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods" (1999) 18 J.L. & Com. 333 at 333.

3- J.F. O'Connor، Good Faith In English Law (Brookfield USA: Dartmouth Publishing Company،(1990) at 102.

4- أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، الطبعة الأولى. الجزء الثالث، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر،٢٠٠٤، ص٦١

فالذي يعيب إرادة المتعاقد الأخر بإكراهه أو بإيقاعه بالغلط أو بالتغرير به مثلا سيء النية. وما يقوم به مبدأ حسن النية عمليا هو الإسهام مع الأحكام الخاصة بعيوب الإرادة، في توافر الحماية للإرادة لضمان سلامتها و عدم تعيبها، و الذي لا ريب فيه أن قاعدة حسن النية تنطبق على كل الحقوق و الالتزامات و العقود و الأعمال القانونية ، و أن إرادة المتعاقدين هي التي تنشئ الالتزام و تخلقه[١].

حسبما تؤدي إليه النتيجة الحتمية لمبدأ سلطان الإرادة فعند أصحاب نظرية الإرادة الباطنة يجب البحث عن إرادة المتعاقدين، فيما استقر في نفسيهما و انطوى عليه ضميرهما، و أن هذه هي الإرادة الجديرة بالاعتبار في خلق الالتزام و تحديد مداه. ويرى الفقيه بورتون "Burton " أن مفهوم " سوء النية " في إطار المعاملات العقدية يشير إلى " كل أداء ينطوي على سلوك يهدف إلى استعادة الفرص الفائتة أثناء التعاقد، كأن يمتنع احد الأطراف عن دفع التكاليف المتفق عليها أثناء التعاقد، وهذا التصرف يكون خارج نطاق توقع الطرف الأخر. وعلى خلاف ذلك، فإن مبدأ حسن النية يحتم أن تكون تصرفات أطراف العقد ضمن الشروط المتفق عليها وبشكل موضوعي ونزيه، وبالتالي فإن السلطة التقديرية لهذا الطرف تكون مقبولة من الطرف الأخر في العقد"[٢]. وفي اغلب الحالات تظهر حالات سوء النية عندما يقوم احد أطراف العقد، وبدون مبررات معقولة، بتصرفات من شأنها أن تلغي الهدف أو الفائدة العقدية للطرف الأخر في التعاقد، أو أن تؤدي إلى إلحاق ضرر جوهري للطرف الأخر، وعلى عكس الغرض الأصلي أو التوقعات المرجوة لأطراف العقد[٣].

و أما التعبير عن تلك الإرادة فإنه ليس إلا قرينة على تلك الإرادة تقبل إثبات العكس، و لا يعتد به إلا بقدر ما يفصح عنها ، أي عن الإرادة بأمانة و إخلاص و دقة. أما عند أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة فإن ما ينتج أثرا قانونيا إنما هو الإفصاح عن الإرادة، دون حاجة إلى تحسس ما تنطوي عليه النفس من نيات[٤]. إذ إن القانون ظاهرة اجتماعية فيجب أن يكون للإرادة مظهرها

1– د.خلف الرقاد، مرجع سابق، ص ٢٥٣

2– S.J. Burton، "Breach of Contract and The Common Law Duty to Perform in Good Faith" (1980) 94 Harv. L. Rev. 369 at 373.

3– Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd. and LaHave Developments Ltd. (No. 3)11 Kelly J. (1997) 192 N.B.R. (2nd) 68 at 78; 489 A.P.R. 68 at 78 (N.B. C.A.).

4 – د.السنهوري، المرجع السابق، ص ١٩١-١٩٣

المادي دون الاقتصار على المظهر النفسي، و هو ما تستقر به المعاملات. على أن ما يستحق الإشارة، إليه في هذا السياق، أن أصحاب كل من هاتين النظرتين لا يجحد قيام الأخرى فكما أن أنصار الإرادة الباطنة يعتبرون الإرادة الظاهرة دليلا عليها، فكذلك يستلزم القائلون بالإرادة الظاهرة، أن يكون لها أساس في الإرادة الداخلية في خصوص التعبير ذاته، و مع ذلك يقوم التعامل أساسا عند أصحاب نظرية الإرادة الظاهرة على الثقة المشروعة ، وعندهم أن قوة العقد الملزمة إنما يجب أن تكون مبناها العدالة و المصلحة العامة. و أنه و إن كان للإرادة الباطنة اعتبارها في بعض الأوضاع، فإن الغلبة صارت لنظرية الإرادة الظاهرة، لأنها تعاون إلى حد كبير على سرعة الإنجاز في المعاملات، و في استقرارها و الاطمئنان إليها.

خلاصة ما سبق تتحدد في أن منطق نظرية العقد هو توافق إرادتين[١]. و نظرا لجسامة الوظيفة القانونية التي تقوم بها الإرادة[٢] حرص المشرع على أن تكون الإرادة في تكوين العقد و تنفيذه سليمة و غير معيبة [٣]. لذا فإن هذا التوافق سيتضح اكثر عند البحث في رقابة القاضي من خلال الاستناد إلى معايير موضوعية في المطلب التالي.

1 – د.بشار الملكاوي .تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية. مرجع سابق،ص٢٧٦

2 – أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني . الإسكندرية : منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص٤

3 – شمس الدين خزاعلة، نطاق سلطان الإرادة، دراسة مقارنة، دار الكتاب الثقافي، اربد، الأردن، ٢٠٠٥،ص ٢٦

المطلب الثاني

رقابة القاضي من خلال الاستناد إلى معايير موضوعية

يرى جانب من الفقه، أن إكمال نطاق العقد عملية قانونية تستند إلى معايير موضوعية مجردة عن ارادة المتعاقدين، فالقاضي لا يبحث فيما يحتمل أن يريده المتعاقدون لو أنهم واجهوا المسألة محل البحث، ولا يسعى لتحديد إرادتهم المفترضة، وإنما يسعى لتحديد ما يمكن أن يستنتج من العقد من الناحية الموضوعية[1].

وقد تضمن القانون المدني الفرنسي والقانون المدني الأردني نصوصاً تمثل المنطلق للأسس التي يعتمد عليها القاضي عند إكمال نطاق العقد، فقد اعتبرت المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي أن العقود لا تلزم فقط بما ورد فيها بل تشمل كذلك المستلزمات التي تقتضيها العدالة والعرف ونص القانون وفقاً لطبيعة الالتزام، وكذلك ما نصت عليه المادة (١١٦٠) من أن نقص العقد يجري إكماله عن طريق الشروط الشائعة الاستعمال ولو لم يعبر عنها في العقد. ومن هنا، فان الالتزامات التي يضيفها القاضي لإكمال نقص العقد تنبع من طبيعة العقد، فالالتزام المضاف يرتبط بالنموذج العقدي المختار وبصرف النظر عن أرادة المتعاقدين[2].

---

[1]- أنظر: جاك غستان ، مفاعيل العقد وآثاره ، مرجع سابق ،ص٨٠-٨١ ، د. حسام الاهواني، مرجع سابق، ص٢٠٤. ود. عبد الرحمن عياد، مرجع سابق، ص١١٠. ود. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص٤١٨-٤١٩.

[2]- أنظر: جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره، مرجع سابق، ص٨٠.

ويقدم البعض من الفقه الفرنسي[1] ، تبريراً مقنعاً ، للوجهة السابقة إذ يرى أن العقد لا يكون ملزماً إلا إذا تم قبوله بحرية وكان مفيداً وعادلاً، وقبول العقد بحرية يعني أن رضا العاقدين قد صدر عن ارادة حقيقية حرة ومستنيرة، وفي هذه الحالة يجب احترام إرادة المتعاقدين، فلا يجوز لقضاة الموضوع تعديل الالتزامات التعاقدية بذريعة العدل أو الإنصاف، أو أن يحاولوا تغليب مفاهيمهم الشخصية للمفيد والعادل ، فلا بد من احترام القوة الملزمة للعقد[2]. لكي يكون العقد صحيحا يجب أن يكون صادرا من متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية [٣]. وتعرف بأنها صفة يقدرها الشارع في شخص تجعله صالحا لأن تثبت له الحقوق، أو تثبت علية الواجبات، وتصح منه التصرفات [٤]. وتعتبر أحكام الأهلية من النظام العام، لذلك لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. فمن يتعاقد مع ناقص أهلية لا يجوز له الاحتجاج بأنه لا يعلم، لأن عدم العلم في هذه الحالة لا يدل على حسن نية، بل يدل على سوء نية لان عدم العلم ناتج عن إهمال و تقصير من المتعاقد بحسب تعريف المعيار الموضوعي لحسن النية.

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة التمييز انه "يشترط لصحة العقود ونفاذها أن تكون صادرة من ذي أهلية ، وأن عبء إثبات عدم الأهلية يقع ابتداء على من يدعيه"[٥] فإذا أثبت المدعي عدم أهليته كان له أن يبطل العقد الذي صدر منه[٦]. ولا يجوز للطرف الأخر أن يحتج بأنه لا يعلم أو انه كان يعتقد أن الذي يتعاقد معه ذو أهليه. كذلك فإن لجوء ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، كتقديمه شهادة ميلاد مزورة لإبرام العقد وتحقيق منفعة خاصة به. بهذا تقوم مسؤولية ناقص الأهلية بالتعويض عن الأضرار التي تسبب بها للمتعاقد الأخر بسبب إبطال العقد، إذا كان الأخير حسن النية جزاء له على سوء نيته.

---

[1] – أنظر: جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره، مرجع سابق، ص٨١.

[2] – وقضت محكمة النقض الفرنسية في هذا المعنى بما نصه ((إذا كان الإنصاف أو العادة ينبغي أخذها بنظر الاعتبار عند تفسير العقد، فليس بإمكان القاضي التمسك بها لتجنيب أحد المتعاقدين القيام بتعهداته الواضحة والدقيقة التي التزم بها بحرية)) حكم محكمة النقض الفرنسية في ٢ كانون الأول ١٩٤٧ أشار إليه جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره، مرجع سابق، ص٦٠ حاشية رقم (٧).

[3] – د.عدنان السرحان– د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان – الأردن، ٢٠٠٨، ص ١٠٩

[4] – د. محمد عبد المجيد مغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، المكتبة الحديثة، طرابلس – لبنان، ١٩٨٨، ص ٨٢

[5] – تمييز حقوق رقم ١٩٨٠/١٠، منشور على الصفحة (١٠٩٠) من العدد (٨) من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٠

[6] – المادة ١٣٤ الفقرة ١ من القانون المدني الأردني

وتنص المادة (٨٣٤) من القانون المدني الأردني على انه" يشترط لصحة الوكالـــة: أن يكون الموكل مالكا حق التصرف بنفسه فيما وكل فيه"[١]، لذا فإن التعامل مع شخص لا يملـــك حق التصرف، يضفي صفة سوء النية لدى أحدهما أو كليهما، وذلك مثل تـــصرف المـــريض مرض الموت، وهكذا نجد أن محكمة التمييز قررت " أن الوكالة التي أصدرها في تلك الفتـــرة لأحد المحامين من اجل بيع وفراغ الأراضي المملوكة له إلى أبناءه تعتبر باطلة عملا بالمـــادة (٨٣٤) من هذا القانون التي اشترطت لصحة الوكالة أن يكون الموكل حين التوكيل مالكا لحق التصرف بنفسه فيما وكل فيه . وكذلك فان عقود بيع الأملاك بالاستناد لتلك الوكالـــة الباطلـــة تعتبر باطلة أيضا لان ما بني على الباطل فهو باطل [٢]. وتنص المادة (١/١١١) من القـــانون المدني " إذا تم العقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محـــل الاعتبـــار عند النظر في عيوب الإرادة أو في اثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو وجوب العلم بهـــا "، لذا فإن القاضي يتحقق من حسن النية وفقا لإرادة النائب لا إرادة الأصيل.

أما الغلط "فهو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقـــع إمـــا أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتـــوهم عـــدم صـــحتها، والغلط بهذا التعريف الشامل ينظم كل أنواع الغلط "[٣]. فالغلط المانع فإنـــه لا يعيـــب الإرادة فحسب بل يجعل العقد باطل، لأن هذا النوع من الغلط يتصل بوجود التراضـــي لا بـــصحته، وقد أكد المشرع الأردني على انه" إذا وقع الغلط في ماهية العقد أو في شـــرط مـــن شـــروط الانعقاد أو في المحل بطل العقد"[٤]. ويأخذ القانون المدني الأردني بالمعيار الـــذاتي، والـــذي ينظر من خلاله إلى ما كان جوهريا بالنسبة إلى المتعاقد، وفيما إذا كان محددا لإرادته أو فيمـــا إذا كان المتعاقد لا يقدم على التعاقد لو لم يكن قد وقع بالغلط، إلا أن هذا الأمر المرغوب فيـــه يجب أن يكون مرتبطاً بالشيء محل العقد، أو بشخص المتعاقد الأخر أو غلطا في القـــانون[٥]

1 – المادة (٨٣٤) من القانون المدني الأردني

2 – تمييز حقوق رقم ١٩٨٤/١٦٥، مجلة نقابة المحامين الأردني لسنة ١٩٨٤، ص٧١٠.

3 – السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. مصادر الالتزام. الجزء الأول. دار النهضة العربية. القاهرة.مـــصر. ١٩٥٦. ف ١٦٢.ص٢٣٨

4 – الماده١٥٢ من القانون المدني الأردني

5 – د.عدنان السرحان. ود. نوري خاطر، مرجع سابق، ص١٣٧

وعلى ذلك نص المشرع الأردني حيث قرر أن " للعاقد فسخ العقد إذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه"[١].

وهناك رأي يذهب إلى أن المشرع الأردني أشترط في جميع عيوب الإرادة التي نص عليها أن يتصل المخاطب بعيب الإرادة الذي أصاب إرادة المخاطب. سواء كان هذا الاتصال عملا أم علما، ويرى هذا الاتجاه أن شراح القانون المدني لأردني سارو بهدي هذه الفكرة دون أن يعللوا اتجاههم هذا [٢].

يمكن الرد على هذا الرأي بأن المشرع، نص على ذلك في عيب الغلط، لان اشتراط اتصال المخاطِب بعيب الغلط الذي وقع فيه المخاطب، يجعل من العقد قابلا للتنفيذ إذا التزم المخاطِب بتصحيح الغلط، ونلاحظ أن المشرع هنا يحرص على وجوب تنفيذ العقد حتى لو كان مشوب بعيب من عيوب الإرادة، وفقا لما تقدم. أما ما يتعلق بالغبن والتغرير، فإن المشرع اشترط هذا الأتصال، ولكن بطريقة سلبية، أي يجب أن تتجه نية المخاطِب إلى الإضرار بالمتعاقد الأخر. وما يؤكد سوء نيته في هذه الحالة هو العلم بالفعل أو القول الذي يصدر منه تجاه المتعاقد الأخر.

ويذهب الرأي السابق إلى مشكلة اتصال المخاطِب بعيب الإرادة الذي أصاب الطرف الأخر، تثور في حالة الإكراه المنصوص عليها في القانون المدني الأردني، حيث لم ينص المشرع الأردني على حالة علم أحد المتعاقدين بوقوع إكراه على المتعاقد الآخر من قبل الغير، واستنادا إلى صريح النصوص القانونية فإن العقد يظل صحيحا، ولا يؤخذ بهذا العيب الواقع على إرادة أحد المتعاقدين[٣]. والتزمت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني الصمت إزاء هذه الحالة ولم تيسر عن حل لها عن طريق تفسير النصوص. هذا الفراغ التشريعي حدا ببعض شراح القانون المدني الأردني إلى قياس حالة الإكراه الصادر من الغير على حالة التغرير الصادر من الغير واشترطوا علم المتعاقد بالإكراه الواقع على المتعاقد الأخر والذي عاب إرادته[٤]. بينما ذهب آخرون إلى اشتراط اتصال المتعاقد الأخر بالإكراه[٥] دون الإشارة

---

1 – المادة ١٥٣ من القانون الأردني

2 – رومان الحداد، مرجع سابق، ص ٨٧

3 – رومان الحداد، مرجع سابق، ص٨٨

4 – د. عدنان السرحان – د. نوري خاطر، مرجع سابق، ص ١٢٤

5 – شريف، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص ٨١

إلى مفهوم الاتصال فيما إذا كان عملا أم علما. وذهب جانب أخر من شراح القـانون المـدني الأردني إلى أن الإكراه إن صدر من الغير دون اتفاق مع الطرف غير المكره أو علمه يحـدث أثره في عدم نفاذ العقد[1]

وفيما سبق هناك من يرى بأن الرأي القائل بالقياس بين حالة الإكراه الصادر من الغير مع حالة التغرير الصادر من الغير، مع أن أصحاب هذا الرأي يؤكـدون أن القـانون المـدني الأردني قد أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة في تكوين العقد، قد لا يتماسك رأيهم إلى النهايـة لأن الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة يستوجب أن تكون عيوب الإرادة واردة على سبيل الحـصر، لا على سبيل المثال، مما يعني أن القياس على الاستثناء لا يجوز[2]. ويضيف الرأي الـسابق أن الاتجاه الذي قال بعدم اشتراط علم أحد أطراف التعاقد بالإكراه الواقع على الطرف الأخر فإنه خالف القاعدة التي استند عليها وهي الفقرة الثانية من المادة الثانية والتي تقضي فإذا لـم تجـد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي موافقة لنصوص هـذا القـانون[3] ويتضح أن هذا الحكم لا يوافق أحكام نصوص القانون إذا تم القياس مع حالة التغرير.[4].

وعلى الرغم من صحة ما ذهب إلية هذا الرأي فيما يتعلق بالقياس بين حالـة الإكـراه والتغرير، فيما يتعلق بعلم الطرف الأخر بالإكراه الواقع على الطرف الأخر، أو العلم بالإكراه الصادر من الغير، إلا أن الباحث يرى أن مقتضيات مبدأ حسن النية التـي تعتبـر المكمـل الضروري للعدالة العقدية[5]. تتيح للقاضي سلطة تقديرية في التحقق من اثر الإكراه على إرادة المتعاقد، بصرف النظر عن علم المتعاقد الأخر، لأن الإكراه، لا يؤثر على وجود العقد، فسواء علم أو لم يعلم فإن الإكراه لا يؤثر على وجود العقد، بل يؤثر على نفاذه، فللمكـره أن يمتنـع عن تنفيذ العقد، وأن يثبت واقعة الإكراه بكل وسائل الإثبات بما فيها الشهادة والقـرائن لأنهـا واقعة مادية، فإذا ثبتت واقعة الإكراه ،فإن العقد موقوفا على إجازة المكره ومـا يؤكـد علـى خضوع عيب الإكراه لمقتضيات حسن النية، أن المشرع لم يحدد مدة للإجازة، أي أن المشرع لم يلزم المكره بعد زوال الإكراه بمده معينة توجب عليه أن يستخدم حقه في الإجازة أو الفسخ.

---

[1] – د.عبد الرحمن جمعة، الإكراه في نطاق القانون المدني الأردني، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٦، العدد ٢، ١٩٩٩. ص ٤٨٤

[2] – رومان الحداد. مرجع سابق، ص٨٨

[3] – د. عبد الرحمن جمعة، المرجع السابق، ص ٤٨٤

[4] – رومان الحداد. المرجع السابق، ص٨٨

[5] – جاك غستان، المطول في تكوين العقد، مرجع سابق، ص ٢٦٢

بل ترك الأمر مناط لحسن نية المكره. فإن أجاز العقد، فإنه يتفق و حرص المشرع على نـــشر الطمأنينة وافتراض حسن النية، وإن تمسك بعدم الإجازة ، فلا يعتبر متعسف كما هو الحال في الغلط.

إن الطرفين وإن كانا يقفان على قدم المساواة عند اختيار نوع العقد المراد إبرامه، إلا أن آليات تنفيذ العقد سيمليها المتعاقد الذي يتمتع بالقوة الاقتصادية أو بالمعرفة القانونية، والاستناد إلى ارادة المتعاقدين المشتركة، على فرض أنها كانت ظاهرة، لن يفيد في معالجة الخلل في التوازن بين المتعاقدين، ولأجل إعادة الثقة بالقانون بمعناه الواسع لابد من إقامة نوع من التوازن بين الالتزامات وفقاً للعدالة، لذا يزداد تدخل المحاكم يوماً بعد آخر لتحديد التزامات الطرفين وإثراء مضمون العقد بالعديد من الالتزامات التي تحقق هذه الغاية[1].

وقد حرصت محكمة النقض الفرنسية على أن تتم إعادة التوازن العقدي بحذر حتى لا تؤدي إلى نتائج عكسية قد تفضي إلى خسارة الثقة بالعقد، لذا تشددت في مراقبة عملية إكمال نطاق العقد وتجسد ذلك بنقض أحكام قضاة الموضوع عندما يضعون على عاتق المتعاقد التزاماً لا تتطلبه طبيعة العقد، ولا تفرضه المنفعة الاجتماعية للعقد أو عدالة المعاوضة[2].

وأياً كان الأمر، فالملاحظ على الوجهة الأولى التي ترى أن القاضي يستند إلى ارادة المتعاقدين عند إكمال نطاق العقد، تمسكها بمبدأ سلطان الإرادة من جهة أن العقد يخضع من حيث أنشائه وأثاره لإرادة المتعاقدين، ولا يقبل بأي حال من الأحوال تدخل ارادة أخرى إلى جانب ارادة المتعاقدين.

كما أن الوجهة السابقة لا تميز بين تفسير العقد وإكمال نطاقه، فالتفسير يستند إلى الإرادة، إذ يحاول القاضي من خلال تحليل عبارات العقد إزالة ما يكتنفه من غموض اعتماداً على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، أما إكمال نطاق العقد فإنه لا يستند إلى ارادة المتعاقدين سواء

---

[1]- جاك غستان،المرجع نفسه، ص٨١.

[2]- فقد نقضت محكمة النقض الفرنسية حكم محكمة استئناف باريس الذي فرض على المصرف الذي أودعت لديه قيم منقولة التزام بالإعلام عن الشركة مصدرة هذه السندات بحجة أن ((المصرف إذا كان يضطلع بحسب العرف بالالتزامات التابعة للعقد والملازمة لحيازة هذه السندات والحقوق المرتبطة بها وردها، فان العرف أو الإنصاف أو القانون لا تلزم المصرف بإعلام المودع بالحدث الذي يصيب حياة الشركة مصدرة هذه السندات)) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض الفرنسية في ٩كانون الثاني ١٩٩٠، النشرة المدنية،V1 ، رقم ٢، ص٢ أشار إليه جاك غستان، مفاعيل العقد أو آثاره ، مرجع سابق ،ص٧٨حاشية رقم ٤.

أكانت المشتركة أم المفترضة، لغيابها في الحالة الأولى، ولتعارض مصالحهما مما يتعذر الأخذ بها في الحالة الثانية، وإنما يلجأ القاضي إلى معايير موضوعية لإكمال النقص الذي يشوب العقد.

وبخصوص ما أستدل به البعض[1] من أنصار هذه الوجهة، فإن الأحكام القانونية المكملة تمثل ظرفاً خارجياً يستعين به القاضي للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فمردود من جهة اشتراط صاحب هذا الرأي أن يكون هذا الظرف معداً بالاشتراك بين الطرفين ليفصح عن إرادتهما المشتركة، أي إنهما قد وافقا عليه معاً حتى نعده مكملاً لتعبيرهما الرئيس، وهذا قد لا يتحقق، لأن المسألة المتروكة من قبل المتعاقدين، إذا لم تكن متوقعة من قبلهما فإنهما لن يفكرا في حلها حتى يصح افتراض علمهما بحكم القانون وقبولهما بهذا الحكم، ولو سلمنا جدلاً أنهما قد توقعا المسألة وتركا حكمها للقانون، فإنهما قد لا يعلمان بحقيقة هذا الحكم، وقد يفهم الطرفان أو احدهما هذا الحكم على نحو أخر يختلف عما أراده المشرع.

كذلك فإن القواعد التشريعية المكملة هي تفسير لإرادة المتعاقدين، وان قوتها الملزمة مستمدة من اتجاه إرادة المتعاقدين للأخذ بها ما لم يتفقا على ما يخالفها، لأن المفروض أن المتعاقدين لم يتعرضا أصلاً للمسائل التي تنظمها القواعد التشريعية المكملة، بل يكونا على جهل تام بها في كثير من الأحيان، لذا فان إسباغ القوة الملزمة من اتجاه إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها، هو افتراض لا أساس له في الواقع في كثير من الأحيان[2].

إن هذا، التطور الذي شهده دور القضاء، قد أضحى مصدراً مهماً لسد النقص في التشريع ((وهو بهذا الوصف كالتشريع سواء بسواء، وهذا المصدر أخذ بالتعاظم والنمو بقدر ما أصاب التشريع من الهرم وطول البقاء، وقد أقامت المحاكم شيئاً فشيئاً بناءً خاصاً من القواعد القانونية وفقهاً يكمل ويثري العمل التشريعي ويعّدله، من دون أن تخرج عن نطاق اختصاصها

1- د. عبد الرحمن عياد، مرجع سابق، ص١١١.

2- د. إسماعيل غانم، مرجع سابق، ص٣٠٩.

التفسيري، ملتمسة أسباب حكمها في النصوص ذاتها، ولدى انعدامها في المبادئ العامة التي تهيمن على هذه النصوص وتسيطر عليها))[1] .

فالتشريع لا يمكن أن يحيط بكل شيء، ولا يستطيع المشرع مهما كان بصيراً بالتشريع أن يتنبأ بكل مسألة ليضع لها حلاً((فالنصوص التشريعية محدودة العدد، والنوازل غير محدودة، ولا يحيط المحدود بغير المحدود، فيما لم يخطر للنصوص على بال عند سنها، لابد له من أجهزة عملية ونظرية رسمية وحرة، تبذل ما في وسعها من جهد عقلي بما خولت من أدلة استنباطية لكي تتوصل إلى استنباط الحلول الجديدة المختصة بالنوازل المتكررة سواء في إطار الأحداث العامة أم الروابط الخاصة))[2] .

من هنا، يمكن القول أن المشرع أناط للقاضي مهمة التطوير الجزئي للقانون وسد ما فيه من ثغرات، فلم يعد دوره ينحصر في معرفة القانون وتطبيقه، وإنما منح قدراً من حرية البحث في مدى ملائمة القانون، وإحداث الموائمة بين ثبات القاعدة القانونية وتطور الحياة[3]. وهذا الأمر جعل المشرع يعترف بالدور الإنشائي للقضاء في إثراء التشريع بشكل عام، والتقنين المدني بشكل خاص، فقد نصت المادة (٢/٢) من القانون المدني الأردني على " فإذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية"[4]، وبما أن القانون قد اعتبر أحكام الفقه

---

[1]–الأستاذ هنري كابيتان، دور القضاء في تطوير القانون ومهمة الفقه في دراسة الأحكام، مقدمة كتاب ((الأحكام الكبرى في القضاء المدني)) ، ترجمة د. عباس حسن الصراف، منشور في مجلة القضاء العراقية، ع٢، س١٥، ١٩٥٧، ص٢١٥.

[2]– د. صلاح الدين الناهي، أهم القرارات والاجتهادات القضائية، ج١، مطبعة الحوادث – بغداد، ١٩٧٣، ص٤.

[3]– د. محمد أبو سعد، مرجع سابق، ص٦٢١. وقد مدّ القضاء التقنين المدني بالعديد من النظريات من مثل نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الحوادث الطارئة، والمسائل التفصيلية من مثل وجوب المطالبة القضائية بالفوائد والشرط الجزائي. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج١، مرجع سابق، ص٥٢

[4]– وفي نفس المعنى نصت (م١/ف٢) من القانون المدني المصري على انه: ((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)). وهذا ما أشارت له لجنة القانون المدني المصري بقولها ((فهو – أي المشرع – لا يقطع الصلة بين الحاضر والماضي ولكنه يتخذ الصالح من أوضاع هذا الماضي أساساً له ويستحدث من الأحكام ما اقتضته ضرورات التطور، ويعتمد في ذلك على الثروة التي أسفرت عنها اجتهاد القضاء المصري بوجه خاص)) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ،ج١،ص١١٩.

الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون ومبادئ الشريعة الإسلامية هي مصادر للقانون المدني تستند إليها المحكمة إذا لم تجد نص يحكم هذه الواقعة في القانون المدني.

نخلص مما تقدم، أن القضاء قد أصبح له دور متميز في خلق القانون وسد نقص التشريع، حيث نجد أن القضاء الفرنسي وتحت ستار تكميل العقد، قد ساهم في تعزيز محتواه بالعديد من الالتزامات التي تحقق التوازن بين المتعاقدين، ولم يكن القضاء الفرنسي يفصح على انه هو الذي ينشأ هذه الالتزامات وإنما يردها إلى مبدأ حسن النية أو الطابع التقني للعقد. بينما يرى البعض من الفقه إن القضاء هو مصدر الالتزامات التعاقدية، مثلما يكون مصدراً من مصادر القاعدة القانونية، وأطلقوا على الالتزام الذي يضيفه القاضي إلى مضمون العقد عند أكمال نطاقه، مصطلح الالتزام القضائي [(1)].

ونؤيد أن يكون للقضاء دور خلاق في تعزيز محتوى العقد بالعديد من الالتزامات التي تؤكد الدور الأخلاقي والاجتماعي للعقد، وتجعله وسيلة لتحقيق العدل بين طرفيه، ولكن لا يمكن اعتبار القضاء مصدراً لهذه الالتزامات، وإنما مصدرها العقد نفسه، فالقاضي يعتمد على معيار مستلزمات العقد في إثراء مضمونه بالالتزامات التي تقتضيها طبيعته والتي لم يشر لها المتعاقدان، ومستلزمات العقد معيار مرن ومتطور، يتأثر بظروف الزمان وإمكانيات المتعاقدين الاقتصادية والمعرفية، وطبيعة المحل الذي يرد عليه العقد[(2)]. من هنا، فإن ما لا يعد من مستلزمات العقد في زمن ما، يمكن أن يكون كذلك في زمن لاحق، والمثل على ذلك عقد البيع فقد كان يرد على أشياء بسيطة بسبب البساطة التي كان يعيشها المجتمع، في حين انه يرد في الوقت الحاضر على أشياء دقيقة ومعقدة بسبب التطور التقني المتسارع الذي يشهده المجتمع البشري، وهذا ما فرض التزامات على البائع لم تكن مفروضة عليه من قبل من مثل الالتزام بالسلامة أو الالتزام بالإعلام، بوصفها التزامات تقتضيها طبيعة عقد البيع في الوقت الحاضر.

أضف إلى أن الالتزامات التي يضيفها القاضي هي التزامات تبعية تهدف إلى تحقيق الغرض العملي الذي يقصده المتعاقدان، وإنتاج العقد لجميع آثاره النافعة، وجعله ملائماً

---

[1]– د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص٤١٩.

[2]– وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بما نصه: ((مفاد نص المادة١٣٨من القانون المدني القديم أن تحديد نطاق العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه على وجه التخصيص والأفراد وإنما يضاف إليه مايعتبر من مستلزماته وفقاً لطبيعة الالتزام)) طعن ٣٤٣ لسنة ٢٣ق جلسة ٥٨/١/٩، س٩، ص١٢اشار إليه عبد المنعم دسوقي، مرجع سابق، ص٢١٩.

للظروف. من هنا، فإن القاضي عليه أن ينظر إلى طبيعة العقد نظرة متطورة ومرنة تراعي ظروف المجتمع وصفات المتعاقدين، جاعلاً نصب عينيه اعتبارات العدالة وحسن النية في تنفيذ العقد، ثم يعمل على تكملته بالالتزامات التي تقتضيها طبيعة هذا العقد.

لذا نعتقد أن ما يميز القضاء الفرنسي عن القضاء الأردني هو مواكبته للتطورات الاجتماعية والاقتصادية باجتهاد خلاق يطوع النصوص المرنة ويجعلها متوائمة مع هذه التطورات.

المبحث الثاني

رقابة القاضي على التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد

أثر العقد هو أن ينشئ التزاما في ذمة شخص معين [١]. واثر هذا الالتزام هو وجـوب تنفيذه [٢] أي يجب علي هذا الشخص الذي ابرم العقد بمحض إرادته ورتب التزام في ذمتـه، الوفاء بهذا الالتزام. و قد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٠٢) من القانون المـدني الأردنـي على انه " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية"[٣]. إذاً التزام المتعاقدين. بتنفيذ العقد بمحض إرادتهما هو التزام قانوني و أخلاقي متفرع عن مبدأ حسن النية [٤]. فأصبحت القاعدة العامة في تنفيذ للالتزام هي وجوب التنفيذ بحسن نيـة. والمقـصود بالتزام المتعاقد بحسن النية في تنفيذ العقد أن تتوافر لديه نية تنفيذ العقد، كتنفيذه العقد مختارا و في اجله و الحد من الخسارة التي قد تلحق بالمتعاقد الأخر إن كان بإمكانه، وعـدم إهمالـه أو تراخيه أو تقاعسه في الوفاء بما التزام به، وغيرها من الالتزامات الضمنية التي يرتبهـا مبـدأ حسن النية في ذمة المتعاقد.

وقد أكدت محكمة التمييز على ذلك حيث قررت " من مقتضى حـسن النيـة والثقـة المتبادلة بين الناس أن يقوم كل متعاقد بتنفيذ ما تعهد به طبقا لشروط العقد وكافـه مـستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف"[٥]. فإذا قام المدين بالوفاء طوعا واختيـارا، انقـضى بهذا الوفاء التزامه وانتهى الأمر، وهذا هو الأصل، فإذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزامه طوعـا ، جاز للدائن أن يلجأ إلى الطرق التي قررها القانون لتنفيذ الالتزام جبرا على المدين. لأن المتعاقد الذي لا ينفذ التزامه أو يمتنع عن تنفيذ التزامه أو ينفذه جزئيا، يرتكب إخلالاً بـالتزام عقـدي يرتب المسؤولية على عاتقه إذا توافرت شروطها، وهو بهذا الإخلال يعتبر سـيء نيـة، لأن مقتضيات حسن النية بصراحة قرار محكمة التمييز الموقرة، تقضي أن يلتزم المتعاقـد بتنفيـذ العقد طبقا للشروط. و الإخلال بالالتزام العقدي هو احد أركان المسئولية العقدية. إذ لا تقـوم المسئولية العقدية في جانب المتعاقد بدون خطأ، ولكن الإخلال بالالتزامات لا يدل على سـوء النية في كل الأحوال، بل لثبوت سوء النية قانونا يقتضي أن يتم الإخلال بالالتزامات بـصورة إرادية أولاً، وان يكون هناك هدف أخر ابعد يقصده المخل لالتزاماتـه ، هـذا الهـدف هـو

---

[1] – د.سليمان مرقس،الوافي في شرح القانون المدني،الجزء الثاني،في الالتزامات،أحكام الالتزام،الطبعة الثانية،دار الكتب القانونية،مصر،القاهرة ،١٩٩٢،ص١

[2] – د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الثاني، آثار العقد، ص ٦٧٣

[3] – المادة ٢٠٢ الفقرة ١ من القانون المدني الأردني

[4] – د. يحي بني طه، مرجع سابق، ص ١٨٥

[5] – تمييز حقوق رقم ١٩٩٠/٦٠٢، مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٠.

الإضرار بالطرف الأخر. وهو الذي يصبغ صفة السوء على نية من يخل بالتزامه. فسوء النية في هذه الحالة هي نية الإضرار بالغير. وفي هذا الصدد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أنه "من المتفق عليه أن المسؤولية العقدية شأنها شأن المسؤولية عن الفعل الضار لا تقــوم إلا بتوافر أركانها الثلاث وهي الخطأ،الضرر،العلاقة السببية والخطأ هنا قائم على الإخلال بالتزام تعاقدي "(١).

إن ضرورة مبدأ حسن النية ليست فقط أثناء فترة صياغة العقد خلال مرحلة التفاوض، بل أيضا خلال مرحلة الأداء. فمبدأ حسن النية ضروري أيضاً خلال مرحلة تنفيذ العقد، إذا كانت الإجراءات ضرورية لتنفيذه. وفي هذا السياق نجد أن الأنظمة القانونية التي تأخذ بقانون الشريعة العامة لا تميز في تطبيقها لمبدأ حسن النية خلال المرحلة السابقة على التعاقد وفي الالتزامات غير العقدية. لهذا يري الفقيه Juenger بأن مبدأ حسن النية تتطلبها الأعمال العقدية فقط في حالة الوصول لاتفاق وليس في مرحلة التفاوض(٢). حيث أوضحت الدراسات المقارنة بين القانونين الأمريكي والفرنسي بخصوص تطبيقات مبدأ حسن النية على المرحلة السابقة على التعاقد، أن كل من القانون الفرنسي والأمريكي يتفقا على انه في حال عدم التوصل إلى اتفاق أو إبرام العقد بين الأطراف فإن قانون العقد يكون غير قابلاً للتطبيق، وعليه فإن عدم مراعاة حسن النية في تصرفات الأطراف خلال هذه المرحلة لا تخضع إلى أحكام قانون العقد وإنما لنظريات العدالة(٣).

ففي كثير من نظم القانون المدني ، وربما في معظم النظم القانونية التي لا تتبع قانون الشريعة العامة، فالقوانين تأخذ بمبدأ حسن النية في صياغة وتنفيذ العقود، والذي لا يعني فقط تجنب الخداع إثناء تنفيذ بنود العقد، بل أيضا وجوب التزام أطراف العقد بالتعامل النزيه والنظيف مع مراعاة فكرة الموضوعية والانفتاح في علاقات أطراف العقد. ومن هنا يمكن القول بأن مدرسة القانون المدني تركز على وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في مراحل التفاوض، والتعاقد وكذلك تنفيذ ما تم التعاقد بشأنه، بينما تتطلبه الأنظمة القانونية التي تتبع مدرسة الشريعة

---

1 – تمييز حقوق رقم ٨٨/٣٩٠ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٩٢،ص٥٣٧.

2– F.K Juenger، "Listening To Law Professors Talk About Good Faith: Some Afterthoughts" (1995) 69 Tul. L. Rev. 1253 at 1254.

3– N.E. Nedzel، "A Comparative Study of Good Faith، Fair Dealing، And Precontractual Liability" (1997) 12 Tul. Eur. & Civ. L.F. 97 at 155.

العامة فقط في مرحلة ما بعد التعاقد، أي في مرحلة تنفيذ العقد المبرم بين الأطراف. ووفقا لتعريف نظم القانون المدني للعقد فإنه عبارة عن علاقة بين طرفين، وعليه فإن التزام تطبيق مبدأ حسن النية يكون ملزما للأطراف خلال مرحلة التعاقد وحتى قبل الوصول إلى اتفاق[١]،

وعلى خلاف نظم قانون الشريعة العامة فإن بدء العلاقة العقدية بين الأطراف يتطلب عرضاً، وقبولاً واعتبار الأطراف [٢]. ومع ذلك نلاحظ، أن القانون المدني الإيطالي لعام (١٩٤٢) اخذ بمبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية بين الأطراف في العديد من مواده، حيث تنص المادة (١٣٦٦) من هذا القانون على وجوب تفسير العقد بحسن نية، وتنص المادة (١٣٧٥) على وجوب تنفيذ العقد بحسن نية، في حين تنص المادة (١١٧٥) على الدائن والمدين أن يتصرفوا تبعا لمبدأ حسن النية وقواعد التعامل النزيه، وأخيراً تنص المادة (١٣٣٧) من القانون المدني الايطالي وجوب التزام أطراف العقد بمبدأ حسن النية خلال المفاوضات السابقة على التعاقد وإبرام العقد. أما الفقه الايطالي الحديث، خاصة بعد إقرار القانون المدني الايطالي لعام (١٩٤٨)، يرفض فكرة أن التلاقي الحقيقي والموضوعي للأطراف كضرورة لصياغة العقد، وفي مصلحة النظرية القائلة بوجوب حماية التوقعات المعقولة للأطراف والتي تقوم على أساس الوعود[٣].

وفي القانون الانجليزي، فإنه لا وجود لتطبيق مبدأ حسن النية في التعاملات العقدية، حيث لا يزال هذا القانون يأخذ بفكرة العدالة في نطاق تنفيذ الالتزامات العقدية من اجل حماية الأطراف المتعاقدة من أية ظروف سلبية تنشأ إثناء تنفيذ هذه الالتزامات[٤]. ومع ذلك يلاحظ، أن القانون الانجليزي لم يأخذ خلال الفترة الواقعة بين عام (١٨٧٠ و ١٩٨٠) بمبدأ حرية التعاقد[٥].

1– J. Ghestin، Traité de droit civil. La formation du contrat (Paris: L.G.D.J.، 1993)، para. 329 at 294

2– Carter v. Boehm (1766) 3 Burr. 1905; 97 E.R. 1162.

3– GORLA G. in SCHLESINGER R.(ed.)، Formation of contracts، 2 vol.، 1968،B6 and B5، p.1272–1292

4– Lord Denning opinion in Central London Property v. High Trees House Ltd. [1947] KB 130،

5– ATIYAH P.S.، An introduction to the law of contract، 5th ed.، 1995، Oxford، p.15.

حيث أقر بالتزامات الأطراف خلال مرحلة التفاوض السابقة على العقد ووضع مبادئ جديدة تكاد تأتي ضمن سياق مبدأ حسن النية[1]. وعلى الرغم من غياب النصوص الخاصة بمبدأ حسن النية وضرورة تطبيقها في العلاقات العقدية، إلا أن المحاكم الانجليزية تميل في أحكامها إلى تطبيق مبدأ حسن النية وتحكم بمضمونه دون أن تشير إليه صراحة في حال تمسك الخصوم به[2].

أما في القانون الفرنسي، فإن المادة(١١٣٤) من القانون المدني تعرف العقد على انه" قانون بين الأطراف"، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد اخذ بنهج جعل مبدأ حسن النية يحكم العلاقة العقدية بين أطراف العقد، دون الأخذ بمبدأ حرية التعاقد[3]. أما فيما يتعلق بتطبيقات هذا المبدأ وفقا للفقه الفرنسي، فإنه يشمل عدة مراحل وهي: مرحلة صياغة العقد يحكمها ويضبطها مبدأ حسن النية الذي يلزم أطراف العقد التعامل بحسن نية، لذا فإن مبدأ الحرية في التعاقد خلال هذه المرحلة يكون مقيداً بتطبيق مبدأ حسن النية. فالفقه الفرنسي بهذا يكون يخضع كافة المفاوضات والتعاملات السابقة على التعاقد لمنطق مبدأ حسن النية، وهذا ما أكدت عليه المادة (١٣٨٢) والمواد (١١١٠ و ١١١٦) من القانون المدني الفرنسي. وفي مرحلة التعاقد، هناك تطبيقان لمبدأ حسن النية وهي واجب الإخلاص وواجب التعاون[4].

وفي هذا الصدد فإن واجب الإخلاص الذي يفرضه مبدأ حسن النية على أطراف العقد خلال مرحلة الوصول إلى اتفاق يشتمل على الالتزام ببذل عناية *obligation de moyens* والالتزام بتحقيق نتيجة *obligation de résultat* ، حيث يلتزم أحد الأطراف بتنفيذ ما تم الاتفاق عليه، في حين يلتزم الطرف الأخر بعدم وضع المصاعب والعراقيل التي من شأنها أن

1- STAPLETON J.، Good faith in private law، Current Leg. Problems، 52 (1999)، p.26.

2- BRIDGE M.G.، Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith? 9 Canadian Business Law Journal (1984)، 385، 426.

3- Alberto M. Musy، The Good Faith Principle in Contract Law and the Pre-contractual Law and the pre-contractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures، International Center for Economic Research (Torino) and McGill University Faculty of Law (Montreal)، December 2000، 2.

4- Those duties first have been legitimated by Cassation case law، Cass.، 8.4.1987، Bull.، III، n°88، p. 53،RTD civ. 1988، 122 noted by Alberto M. Musy، ibid.

تحول دون تنفيذ تلك الالتزامات. أما واجب التعاون فإن تطبيقاته متعددة في عقود الشركات والتأمين *d'assurance، de travail،contrat de societé* وواجب الإعلام والإفصاح *obligation précontractuelle de renseignement*، ومع ذلك فإن المشكلة الرئيسة لدى الفقه والقضاء الفرنسي عدم التميز بين الجوانب الموضوعية والذاتية لمبدأ حسن النية، وعلى وجه الخصوص في حالات التعاون(١).

وبالرجوع للقانون المدني الأردني نجد أن المادة (٢٠٢) تنص على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل علية وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". و العقد بمجرد انعقاده صحيحا نافذا يصبح ملزما للمتعاقدين، وقد نص القانون المدني الأردني على انه " إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لأحد من العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص في القانون"(٢). فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديله كما أن القاضي لا يمكنه ذلك ويقتصر عمله على تطبيق العقد كما لو كان يطبق القانون لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات التعاقدية بين المتعاقدين وهذا ما يعبر عنه بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهي من أثار مبدأ سلطان الإرادة ويقصد بها أن العقد لا يجوز نقضه أو تعديله أي انه متى انعقد العقد صحيحا نافذا أصبح ملزما لطرفيه، ومن ثم وجب التزامهما به كما لو كان القانون نفسه هو الذي يفرض عليهما هذه الالتزامات(٣).

يترتب على ذلك، أن دور القاضي في ظل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين يقتصر على تطبيق ما اتجهت إلية إرادة المتعاقدين، وبالتالي فإنه لا يجوز للقاضي أن يعيد النظر في العقد، أو يتدخل من اجل إعادة التوازن العقدي. و يرى فقهاء النظام القانوني القائم على مذهب الفردية انه من غير المقبول أن يتم تحديد العدالة والتوازن في العقود من الخارج أي من خارج إطار العقد أو بطريقه موضوعية فالتعاقد ومن خلال مبدأ العرض والطلب يحقق توازنه

1- Alberto M. Musy، The Good Faith Principle in Contract Law and the Pre-contractual Law and the pre-contractual Duty to Disclose: Comparative Analysis of New Differences in Legal Cultures، International Center for Economic Research (Torino) and McGill University Faculty of Law (Montreal)، December 2000، ٣.

2 – المادة ٢٤١ من القانون المدني الأردني

3 – خالد رضوان سماعة. سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني.دراسة مقارنة. رسالة ماجستير. الجامعة الأردنية، عمان-الأردن، ١٩٩٧، ص٦

الذاتي ومن ثم تقاس عدالة العقد بمعيار شخصي"[١]. ويؤكد أصحاب هذا الـرأي بـأن مبـدأ سلطان الإرادة يحقق العدالة فإرادة الإنسان لا يمكن أن تتوجه إلا إلى ما فيه مصلحته وبالتالي فالالتزامات التي تنشأ عن تلك الإرادة أيا كانت ومهما كان أثرها لا يمكن أن تكون عادلة" [٢]

وبالتالي لا مجال للتدخل في تنظيم العقد تحت ادعاء عـدم عدالتـه أو عـدم تحقيـق التوازن العقدي ذلك أن الإرادة هي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقـد وبنـوده، فـالإرادة عندما أقدمت على التعاقد قد حققت العدالة بمعيار شخصي.[٣]

ولكن ليس صحيحا أن كل ما هو تعاقديا يكون عادلا، فقد اخلف الواقع تفاؤل المذهب الفردي الذي يقوم على أساس تساوي الطرفين في العقد والواقع انه كثيـرا مـا تكـون هـذه المساواة شكلية بحته لتفاوت المركز الاقتصادي والاجتماعي بينهما مما يؤدي إلى ترك الطرف الأكثر قوة أو كفاءة بفرض شروطه ويشكل بنود العقد دون تدخل من الطرف الضعيف.[٤]

غير أن ظهور الفكر القانوني الحديث الذي يعطي للحق وظيفة اجتماعية، ويسعى إلى حماية الطرف الضعيف خاصة في عقود الإذعان وفقاً للمادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني، اخذ يناهض بشده هذا المبدأ، وينادي بضرورة تدخل المشرع للحد من مبدأ سلطان الإرادة. واستجابة لهذه الدعوة اخذ المشرع يتدخل للحد من إطلاق حرية التعاقد وأصبح القاضي يقوم بدور ايجابي في مجال المعاملات كما أصبح للحرية التعاقدية مفهوم هو اقرب للعدالة مما كان لها قبل ذلك، وهدف المشرع من ذلك هو إعادة التوازن المختل بين التزامات المتعاقدين، بواسطة القاضي الذي يمارس سلطه تقديرية ممنوحة له من المشرع[٥].

مما أدى إلى انتكاص ذلك المبدأ حيث أدخلت عليه الكثير من القيود والحدود بما يتوافق مع المصالح الاجتماعية بصورة عامه[٦]. ومن بين هذا التشريعات التشريع الأردني فقد أورد

---

1 – حسن جمعي، مرجع سابق، ص ١١-١٢

2 – د حسن جمعي، مرجع سابق، ص١٠

3 – حسن جميعي، مرجع سابق، ص١١-١٢

4 – إسماعيل غانم، مرجع سابق، ص ٢٦

5 – خالد سمامعه، مرجع سابق، ص٣

6 – د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسـة معمقـة ومقارنـه بالفقـه الإسـلامي، القـاهرة بمصر،١٩٨٤،ص٤١

على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. التي تعتبر من أثار مبدأ سلطان الإرادة العديد من الاستثناءات، قيد بها حرية الإرادة في تحديد أثار العقد حيث جعل للقاضي دورا ملحوظا.

أخيراً إن التزام المتعاقدين بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يفرض عدة التزامات. فعلى اعتبار أن حسن النية قاعدة مستقرة في القانون المدني، فإن تطبيق أي قاعدة قانونية من قبل القاضي على مسالة معروضة أمامه يدل على مخالفة احد الأطراف لهذه القاعدة . **والسؤال الذي يثار هنا ما هي مظاهر مخالفة قاعدة حسن النية؟** وهذا ما سنبحثه في **(المطلب الأول).** كذلك فإن هناك حالات يعفى المسئول فيها استنادا لمبدأ حسن النية وهذا ما سنبحثه في **(المطلب الثاني)**

المطلب الاول

مظاهر إخلال المتعاقدين بمبدأ حسن النية في التنفيذ

تتمثل أهم مظاهر إخلال المتعاقدين بمبدأ حسن النية في التنفيذ بالسلوك غير الصادق والأمين لأطراف العلاقة العقدية[١]. وبما ينطوي إساءة استخدام الحقوق التي تفرض التزامات

1- Emily M. Weitzenbo¨ CK، Good faith and fair dealing in contracts formed and performed by electronic agents، Artificial Intelligence and Law (2004) 12: P، 101-102.

متبادلة على طرفي العلاقة العقدية، فكل متعاقد ملزم بتنفيذ ما تعهد به طبقا لشروط العقد وكافه مستلزماته وفقا للقانون والعرف وطبيعة التصرف [١].

ومن هنا فإن المتعاقد الذي يرفض أو يمتنع عن تنفيذ التزامه أو ينفذه جزئيا ، فإنه بذلك يمتنع عن وجوب تنفيذ الالتزام العقدي، كما لو امتنع المؤجر عن تسليم العين المؤجرة للمستأجر. أو قام المؤجر بتسليم العين المؤجرة على غير ما اتفق عليه ، كما لو كانت غير جاهزة للاستعمال أو تأخر في تسليمها ، تقوم مسؤوليته عن إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية وفي هذا الشأن قررت محكمة التمييز" ونظرا لان المادة (٢٠٢) من القانون المدني توجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وأن المادة (١٩٩) من القانون المدني أوجبت على العاقدين الوفاء بما أوجبه العقد عليهما، وعليه فإن قيام المؤجر بمنع المستأجر من الانتفاع بالمأجور أثناء سريان الإجارة يرتب الضمان على المؤجر بالمسؤولية العقدية تطبيقا لأحكام المادتين (٦٨٤ و ٦٨٥) من القانون المدني" [٢]. وفي هذا القرار قام المؤجر بمنع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وقد خلصت المحكمة أن هذا المؤجر سيء نية لأنه لم ينفذ العقد بحسب الشروط المتفق عليها، ، والقاضي هنا لجأ إلى المعيار الموضوعي، وغالبا ما يلجأ القضاء إلى هذا المعيار في تنفيذ العقد.

وقد نصت محكمة التمييز صراحة على هذا المعيار حيث قررت " إن سلوك المدعي على هذا النحو يدل على سوء نية خلافاً لما أوجبه القانون بالمادة (٢٠٢) مدني من وجوب تنفيذ العقود طبقاً لما اشتملت عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهو سلوك تأباه العدالة والأخلاق فضلاً عن القانون"[٣]. فالمتعاقد الذي لا يتقيد في تنفيذه لالتزامه بالأصول الواجب مراعاتها، بغض النظر عن السبب، كقيامه بتنفيذ التزامه بصورة معيبة أو تأخره في التنفيذ يعد سيء النية، لان القضاء يعتبره قد تعمد الإضرار بالمتعاقد الأخر، حتى لو كان ذلك بتقصير منه لان التقصير والإهمال وفقا للمعيار الموضوعي يدل على سوء نية، لأنه يتجاهل قاعدة وجوب تنفيذ الالتزام العقدي ، بجزأيها أي الواقعة المادية و الأصول الواجب مراعاتها في ذلك.

1- Ibid، at 102.

2 تمييز حقوق رقم ٢٠٠٤/٣٤٤ فصل بتاريخ ٢٠٠٤/٩/٢٦ منشور على الصفحة (١٣٨٦) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٥

3 – تمييز حقوق رقم (٢٠٠٢/٢٢٥٣)، قرار غير منشور

لذا فإن انتهاك مبدأ حسن النية في العلاقات التعاقدية يكون في حالة إذا كـان الـضرر الناشئ عن التصرف أمرًا لازمًا لا يمكن تصور عدم حدوثه عن هذا العمل، كما لو تعـرض البائع للمشتري أو ناقل الملكية لمن انتقلت إلية الملكية ، وكما في تمثيـل المحـامي لمـصالح متعارضة. أو إهمال المحامي في أداء واجباته بحيث يتسبب بالضرر، أو فسخ الاتفاقيـة مـن طرف واحد على الرغم من أن الطرف الأخر ملتزم بالتنفيذ، فقد قررت محكمة التمييز أن"قيام سلطة إقليم العقبة بإلغاء اتفاقية استثمار قطعة أرض المعقودة بينها وبين الشركة المميـزة مـن طرف واحد وذلك تنفيذا للقرار الصادر عن مجلس الوزراء يعتبر فسخا للاتفاقية مـن طـرف واحد خلافا لأحكام المواد (١٩٩) و (٢٠٢) و (٢٤١) من القانون المـدني بـالرغم مـن أن الشركة المميزة التزمت بتنفيذ الاتفاقية بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"[١].

و بالنظر إلى أن الخطأ العمدي بأنواعه يعتبر إخلال متعمد لمبدأ حسن النية، فهو يعبر عن الصفة الإرادية لعدم تنفيذ الالتزام. فإنه ينظر إلى الغش في هذا المجال على انـه يـشكل خرقا اشد للأخلاق من مجرد الخطأ العمد لذلك فإن الغش يمثل مرتبة عليا من الخطأ العمـد، وهو ينضوي تحت اصطلاح الخطأ العمد. إذ إن كل غش هو خطا عمد، و لكن الخطأ العمـد ليس غشا دائما، ففي حالة الخطأ العمد يجابه أحد المتعاقدين وهو مرتكـب الخطـأ، المتعاقـد الأخر بمخالفته مجابهة صريحة، فتتاح الفرصة للدائن لتلافي ما قد يلحقه من أضرار. كما في رفض البائع تسليم الصفقة من البضائع التي تم بيعها ، وكما في تعمد الوكيل عدم تنفيذ الوكالة مع علم الموكل بذلك، أو تعمد العامل عدم القيام بالعمل .أما في حالة الغش فإن مرتكب الغـش يغلف مخالفته بالخديعة و المكر، فيحمل الدائن على قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيـه ، دون أن تتاح له فرصة الكشف عن تلك المخالفة، فيقبل الضرر طائعا ، بينما يجنـي مرتكـب الغش ثمار غشه ولو إلى حين. أما من حيث الآثار القانونية فلا فرق بين الغش و الخطأ العمد (م ٢/٣٥٨) من القانون المدني، فكلاهما له الحكم القانوني نفسه، بالرغم من اختلافهمـا مـن حيث الطبيعة.

و قد يكون إخلال المتعاقد بمبدأ حسن النية غير مدفوع بنية الإضرار، بل يتجلى فـي الإهمال و قلة الاحتراز. وعلية فإن المتعاقد الذي يهمل في أداء التزاماته ، يعد سـيء النيـة لأنه لم ينفذ التزاماته وفقا للأصول التنفيذية، ولم يلتزم بالالتزامات التـي تتفـرع عـن هـذه

---

[١]- تمييز حقوق رقم(1999/1509) منشور على الصفحة (2145) من العدد (10) من مجلة نقابة المحامين لسنة (2001)

الأصول كالتزام الصدق و التعاون و بذل العناية اللازمة. لذلك فإن الإهمال في تنفيذ الالتـزام يعد سوء نية الإهمال أو التقصير، فالمطلوب من المتعاقد ليس فقط انتفاء نية الإضرار لديـه، بل يجب أن ينتفي في جانبه أي إهمال أو تقصير. أي أن تجاهله لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين هنا غير متعمد صدر عن إهمال وعدم حيطة و تبصر. فالمتعاقد يكون بهذا قـد قـصر ببـذل العناية المطلوبة منه، و أهمل في تنفيذ التزامه، وهذا الإهمال قد يكون سلبيا بأنه لم ينفـذ مـا التزم به كليا أو جزيئا، أو كان تقصيره إيجابيا بان نفذ التزامه بصورة معيبة، فهو في الحالتين يكون خالف مقتضيات القوة الملزمة للعقد. و في الحالتين تقوم مسؤوليته لأنه سيئ النية رغـم عدم تعمده الإضرار، لأنه لم يتخذ الإحتياطات اللازمة لحسن التنفيذ . فكان مهملا في تنفيذ ما التزم به، ولم يحتط لما قد يلحق بالمتعاقد الأخر من أضرار إذا لم ينفذ ما تعهد به ، لأنـه لـم يكن في سلوكه متبصرا أو يقظا . فكما أتضح فإن عدم اتخاذ المتعاقد لمثل هذه الاحتياطـات والإجراءات والإهمال في اتخاذها ينزله منزلة سيء النية ."كما هو الحال عندما يقوم حـسن النية على التزام قانوني يجب إتباعه عند شراء العقارات ، وهو قيـامهم بتـسجيلها بحيـث إذا أهملوا فلا يلوموا ألا أنفسهم لان القانون أعلمهم مسبقا.

يتضح مما سبق أن الإخلال المتعمد لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يرتب أثـارا اشـد من تلك التي تترتب على مجرد إهمال المتعاقد في التنفيذ ، حتى ولو توفر سـوء النيـة لـدى طرفي التعاقد، إلا أن المتعاقد الذي يلجا إلى الغش مثلا ، لديه نية سـيئة واضـحة لإحـداث الضرر ، بينما في حال الإهمال فان الضرر غير مقصود بذاته ، أي أن الإضرار لـيس هـو الباعث على سوء التنفيذ ، لذلك فان الأثر المترتب على سوء النية هنا أخف من ذلك المترتـب على سوء النية العمدي ، حيث إن الأخير يحرم المتعاقد من كل ميزة أو تخفيف وعليـة فإننـا سنبحث في أكثر مظاهر الإخلال المتعمد بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد فيما يلي:

الفرع الأول

التعسف في استعمال الحق

إن التعسف في استعمال الحق يعتبر من مظاهر مخالفة مبدأ حسن النية بشكل صـريح، وعرفه جانب من فقهاء القانون بأنه استعمال الشخص للسلطات التي يخولها له الحـق اسـتعمالا

يضر بالغير.[١] ولقد تبنى المشرع الأردني عدة ضوابط من الفقه الإسلامي يقوم عليها معيار التعسف، بحيث أن الانحراف الذي يقع من شخص لا يعتبر تعسفا إلا إذا اتخذ صورة من الصور التي حددها القانون. وقد عرف بعض الفقه التعسف في استعمال الحق بأنه "ممارسة الحق على نحو يخالف المقاصد والأهداف التي رسمها وحددها القانون أو الشرع على نحو يحقق الإضرار بالغير"[٢].

ولا يفوتنا في هذا المجال أن نذكر بأن الشريعة الإسلامية كانت سباقة في هذا المجال لقوله ﷺ ((لا ضرر ولا ضرار)). وفي هذا السياق أوجد المشرع الأردني من خلال المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني معايير أربعة للتعسف في استعمال الحق يمكن بتوافرها اعتبار الشخص متعسفاً في استعماله لحقه ويسأل عنه إذا سبب ضررا للغير. وهذه المعايير هي:

المعيار الأول: قصد التعدي:

إن هذه الحالة تنطوي على معيار ذاتي، الجوهر فيه توافر نية الإضرار ولو أفضى استعمال الحق إلى تحقيق منفعة لصاحبه، بل ولو كان صاحب الحق يقصد تحقيق هذه المنفعة ما دام هذا القصد ثانوياً بجانب قصد الإضرار، سواء تحققت هذه المنفعة أم لا [٣].هذا المعيار من أقدم معايير التعسف وأكثرها ذيوعاً في القوانين المختلفة لكثرة تسخير الأفراد حقوقهم منذ القدم لمجرد تحقيق مأرب شخصية والإضرار بالغير[٤]. ومثال هذه الحالة ما إذا بني شخص جداراً في بيته أو غرس أشجاراً في حديقته ولم يكن به من وراء ذلك أي منفعة، وإنما قصد حجب النور عن جاره أو إذا ما قام ببناء مدخنة في داره بقصد الإضرار بجاره ولم يكن له منفعة من ذلك[٥]. ولقد أشارت المادة (٦٦/٢/أ) من القانون المدني الأردني إلى هذا المعيار، حيث نصت على وجوب توافر قصد التعدي أو نية الإضرار بالغير لقيام حالة التعسف في استخدام الحق،

١- د. عبد الودود يحيى، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٢٤٤.

٢- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١، في مصادر الالتزام ، ط٥، مطبعة نديم، بغداد، ١٩٧٧ ، ص٥١٢-٥١٣ .

٣- د. جلال العدوي و د. رمضان أبو السعود ومحمد حسن قاسم، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص٤٧٢-٤٧٣.

٤- د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٢٥٦.

٥- د. حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، ط١، ١٩٦٠، ص٤٥.

وفي تطبيق هذا المعيار يعتد بمعيار ذاتي [١]، بمعنى انه يجب استقصاء النية الحقيقية لـصاحب الحق لمعرفة ما إذا كان يقصد من استعمال حقه مجرد الإضرار بالغير أم لا [٢]، ويقع عـبء إثبات توفر قصد التعدي عند صاحب الحق على عاتق المضرور، وله أن يثبـت هـذا القـصد بجميع طرق الإثبات بما فيها القرائن، لأن الأمر هنا يتعلق بواقعه مادية.

ويلاحظ أنه إذا كان إثبات قصد الإضرار بالغير أمراً عـسيراً، فـإن ذلـك يمكـن أن يستخلص من انعدام مصلحة صاحب الحق في استعمال حقه، حيث يعد انعدام المصلحة انعـداماً تاماً قرينة على قصد إحداث الضرر كما يدل الخطأ الجسيم على سوء النية، غيـر أنهـا قرينـة بسيطة قابلة لإثبات عكسها[٣]. وفي هذا الإطار ذهبت محكمة التمييز الأردنيـة إلـى " أن مـن استعمل حقه استعمالا مشروعا أو جائزا لا يضمن ما ينشأ عن هذا الاستعمال من ضرر إعمـالا لأحكام المادة (٦١) من القانون المدني التي تنص على أن الجواز الشرعي ينافي الضمان، أمـا الاستثناء من هذا المبدأ هو ما نصت عليه المادة (٦٦) من ذات القانون التـي حـددت حـالات الإساءة في استعمال الحق وهو استعمالا يلحق الضرر بالغير متى كان صاحب الحق على بينـه من ذلك" [٤].

المعيار الثاني: إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة:

يقتضي توافر سوء النية في هذا المجال أن يستعمل المتعاقـد حقـه اسـتعمالا منافيـا للمصلحة المشروعة وهو ينوي الإضرار بالمتعاقد الأخر كما في قيام رب العمل بفصل العامـل الذي ينتمي إلى النقابة المختصة به وزملائه، ولا يكفي أن تكون المصلحة ذات نفـع لـصاحب الحق عند استعمال حقه، بل لابد أن تكون مشروعة ولا يهدف من وراء ذلك الوصول إلى نتائج لا يجيزها القانون أو فيها مخالفة للنظام العام والآداب، فإنه يكون عندها متعسفاً فـي اسـتعمال

---

[1] –عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق والقانون، الطبعة الأولـى، دار الثقافة، عمان – الأردن، ١٩٩٤، ص ٢٣٦-٢٣٧

[2] – د.عوض الزعبي، مرجع سابق، ص ٥٧٩

[3] – د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٦٥٦، د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص٥١٩، مازن الحنبلي، الحقوق أنواعها ومداها والتعسف في استعمالها، المكتبة القانونية، دمشق، ط١، ٢٠٠٣، ص٢٦-٢٨.

[4] – تمييز حقوق رقم ١٥٩٢/ ١٩٩٩ فصل بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٨ م نشور على الصفحة (٢٣٠٥) من العدد (٩) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٢)

حقه. ومثالها فصل الموظف لأغراض شخصية أو حزبية أو المالك الذي يحيط أرضـــه القريبـــة من المطار بأعمدة عالية ليجبر شركة الطيران على شراء أرضه بسعر مرتفع[١].

المعيار الثالث : عدم التناسب بين المنفعة من استعمال الحق وما يصيب الغير من ضرر:

إذا استعمل الشخص حقه بقصد تحقيق مصلحة معينة ولكن في الوقت نفسه نشأ عن ذلك ضرر للغير فإنه يكون مسئولا إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها تافهة لا تتناسب البتـــة مع ما يصيب الغير من ضرر، وبهذا يتحقق مفهوم التعسف في استعمال الحق [٢]. والمعيار هنا في تطبيق التعسف معيار موضوعي يقتضي الموازنة بين الجانبين، وأن تكون نتيجة الموازنـــة رجحان الضرر الناجم للغير نتيجة استعمال صاحب الحق لحقه على المـــصلحة التـــي تحققـــت للأخير رجحاناً كبيراً فتكون تفاهة المصلحة قرينة على نية الإضرار[٣]، ولا يستند إلى اعتبارات شخصية لدى صاحب الحق[٤]. وفي هذا تقول المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردنـــي " والمعيار في هذه الحالة مادي لكنة كثيرا ما يتخذ قرينة على توفر نية الأضرار بالغير "[٥].

وتقدير ما إذا كانت المصلحة التي يراد تحقيقها قليلة مقارنة بالضرر الذي يصيب الغيـــر مسألة وقائع يتمتع بها قاضي الموضوع بسلطة تقديرية واسعة[٦]. و تطبيقاً لذلك قررت محكمـــة التمييز " أن الحقوق بين الأفراد يجب أن تكون في توازن دائم ومعتدل لتـــؤدي رســـالتها فـــي الحياة أداء يتفق مع مصلحة المجتمع وأهدافه القانونية وغاياته، فإذا التوى صاحب الحـــق فـــي

١- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، ج١، في مصادر الالتزام ، ط٥، مطبعة نديم، بغداد، ١٩٧٧ ، ص٥٢٠، د. جلال العدوي وآخرون، المرجع السابق، ص٤٧٤-٤٧٥، د. سعيد مبارك، التعسف في استعمال الحق، مجلة القانون المقارن، ع٢١، ١٩٨٩، ص٦٣.

2 – د. عوض الزعبي، مرجع سابق، ص ٨٨٢.

٣- د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص٦٥٧، محمد كمال عبد العزيز، المرجـــع الـــسابق، ص٢٦١، د. خالـــد الزعبي ود. منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، ط١، ١٩٩٥، ص٢٣٤-٢٤٠.

4 – عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص ٢٣٧

5 – المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني،مرجع سابق، ص ٨١

٦- د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص٥٢٠، د. جلال العدوي وآخرون، المرجع السابق، ص٤٧٣-٤٧٤.

استعماله حقه وتشدد فيه تشدداً يخرجه عن روح القانون ومعنى الالتزام ويدخلــه فــي مجــال التطبيق الآلي للنصوص القانونية وجب اعتباره متعسفا في استخدام حقه)"[١].

المعيار الرابع: تجاوز ما جرى علية العرف والعادة في استعمال الحق:

وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، فإن صاحب الحق يملك استعماله والتصرف فيه ضــمن الحدود التي رسمتها الشريعة، وهي تحقق المصلحة دون أي اعتــداء، بمعنــى أنــه لا يجــوز لصاحب الحق أن يتجاوز الحدود المرسومة ما دام في هذا التجاوز إضرار بالغير، وهــذه مــن القواعد الكلية التي ترمي إلى تحقيق التوازن والعدل والإنصاف وعدم المغــالاة فــي اســتعمال الحقوق تحقيقاً للمصلحة العامة، ذلك أن المغالاة في استعمال الحقوق قــد تهــدف أحيانــاً إلــى الإضرار فضلاً عما إذا لم يكن لصاحب الحق مصلحة من استعمال حقه[٢].

ولقد أخذ المشرع الأردني هذا المعيار مما استقر عليه الفقه الإسلامي في هذا المجــال، أن التعسف في استعمال الحق إنما يكون على وجه يناقض مقصد الشارع من تــشريعه، ومــن قواعد التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية استعمال الحق بقصد الإضرار بــالغير، استعمال الحق بقصد تحقيق غرض غير مشروع مغــاير للغــرض الــذي وصــفه المــشرع ، واستعمال الحق لتحقيق مصلحة تافهة لا تتناسب مع الضرر المترتب علــى الغيــر و اســتعمال الحق استعمالاً غير متعارف عليه بين الناس[٣].

وخلاصة القول فإن نظرية عدم إساءة استعمال الحق تعــد تطبيقــا للقاعــدة القانونيــة الأساسية المتضمنة وجوب عدم الإضرار بالغير طوعا ودون مبرر مشروع وان العمل الــسيئ هو نقيض الحق نظرا للطبيعة المناقضة للمجامع ولطبيعة الهدف الذي يقصده مــستعمل الحــق فمحاولة تغير الحق من وظيفته الاجتماعية يعد تعسفا لا يستحق الحمايــة عنــدما يكــون فــي التصرف بالحق تغير غير منطقي أو غير مألوف في عناصره وفي نتائجه.

---

[1] – تمييز حقوق، قرار رقم، ١٩٧٨/١٦٨ ، مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٧٨)، العدد (٦) الصفحه(٨٩٤)

[٢]– د. محمد محمود سعيد أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، دار الثقافة، عمــان، 2002، ص١٩،١٨.

[٣]– إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، منشورات مكتبة بسام، الموصــل، ط١، ١٩٨٥، ص١٣٦-١٥٢.

الفرع الثاني

الغش والخطأ الجسيم

لم يقدم القانون الأردني تعريفا للغش باعتباره من موجبات الأخذ بمبدأ حسن النية ، وترك أمر تعريفه واستظهاره للفقه و القضاء، فيقصد بالغش : كل تصرف أو عمل يباشر بنية الخداع للتهرب من التزام تعاقدي أو قانوني[1] وهناك من عرف الغش بأنه: استعمال أسلوب خادع بسوء نية للحصول على ميزه معينة أو الإضرار بالغير، ويعرف أيضا بأنه : تنفيذ معيب لالتزام عقدي يدل على سوء النية [٢]. وهناك من عرف الغش بأنه خداع يصدر من شخص ضد أخر بعد إبرام العقد بقصد الإضرار بالغير[٣]، وبهذا المعنى السابق للغش ذهب بعض الفقه إلى تعريف الغش " بأنه كل خدعة تقع بعد انعقاد العقد في أثناء التنفيذ ،كما وتقع هذه الحيلة خارج نطاق العقد بقصد الإضرار بصاحب الحق، و ذلك كالمدين الذي يبيع أمواله أو يهبها ليمنعها من الوقوع في قبضة دائنية، كتعمده تقديم معلومات غير صحيحة يحتاجها للمتعاقد الآخر"[٤].

من خلال التعريفات يتضح أن الغش يدل على توفر سوء النية لدى مرتكبه ،لأننا أمام خطأ قصد مرتكبه الإضرار بالغير عن طريق خداعة وإغفاله. و يمكن القول قياسا على تعريف التغرير(التدليس) في تكوين العقد. أن القاضي كما يمنع التدليس في تكوين العقد ، كذلك يمنع الغش في تنفيذه، والتدليس والغش شيء واحد يتخذ اسمين مختلفين، فهو تدليس عند تكوين العقد، وهو غش عند تنفيذه[٥].

---

1 – سنية يوسف، غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٢، ص١٠٤

2 – التعريفين أوردها، د.بشار الملكاوي، معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص، الطبعة الأولى، دار وائل، عمان، ٢٠٠٨، ص١٦٥

3 – د.أبو الوفا إبراهيم ، الحماية الجنائية للدائنين ضد غش المدين بتعمد الإعسار للإضرار بدائنيه ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية،القاهرة ، مصر، ١٩٩٧ ، ص ٨

4 – د.إبراهيم أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ، عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الالكتروني"، لجنة التأليف و النشر،جامعة الكويت، الكويت ،٢٠٠٣ ، ص٢١١

5 – د. عبد الرازق السنهوري ،نظرية الالتزام بوجه عام ،مصادر الالتزام ،المجلد الأول ، العقد ، الطبعة الثالثة ،دار النهضة العربية ، مصر ، القاهرة ، ١٩٨١، هامش ص٨٤٨

ولما كان الغش يحتم سوء النية بل و يفرضه، الأمر الذي دعا البعض إلى القول بان الغش مرادف لسوء النية، غير أن القول بان الغش هو سوء النية تحديد غير دقيق ، فليس كل سوء نية غشا ولكن الشيء الأكيد أن الغش يقوم على سوء القصد و سوء النية، و بناء على ذلك يكون الغش حيله أو حيل مقرونة بسوء نية بهدف الإضرار بالغير[1].

لا شك أن الغش يعتبر أمرا غير قانوني في تنفيذ العقود ، يقيم مسؤولية على من ارتكبه، لأنه بغشه يكون قد أخل بمبدأ حسن النية ، فضلا عن منافاته لقواعد الأخلاق و العدالة وعليه يعتبر الغش خروجا عمديا عن الالتزام مبدأ حسن النية. فالغش في تنفيذ العقد يعتبر خروجا عمديا على واجب الالتزام بحسن النية، والغش حالة إرادية تتضمن نية الإضرار، حيث إن نية المتعاقد الغاش اتجهت إلى الإضرار بالمتعاقد الأخر. و يفترض هنا توافر نية و رغبة المتعاقد بعدم الالتزام بموجبات القوة الملزمة و الأصول التنفيذية المتفرعة عنها، و التي تتمثل هنا بفعل التحايل أو التضليل أو ما شابه. ذلك أن المتعاقد مرتكب الغش بلجوئه إلى طرق احتيالية لتحقيق أغراضه سواء أكانت مشروعة أم غير مشروعة، يعتبر خارجا على ما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود. و استخدام المتعاقد التحايل أو التضليل أو أي وسيلة تشكل غشا، أمر يجسد سوء النية لدى مرتكب الغش و يدل على قصده المساس بحدود القوة الملزمة و بالتالي خروجه على أحكام القانون و إلحاق الضرر بالمتعاقد الأخر أو الغير

وبشكل عام للغش ركنان معنوي ومادي يتمثل الركن المعنوي في الرغبة في التضليل توصلا لغرض غير مشروع ، بمعنى نية الإضرار بالغير' أما الركن الموضوعي للغش فهو يتخذ صورة فعل أو كتمان[2]. والفعل هو عبارة عن الوسائل الاحتيالية التي يلجا إليها المدين لإيهام الطرف الأخر. وقد بينت محكمة التمييز أهمية الأفعال العمدية في قرارها حيث قررت "أن مجرد وجود العيب في المبيع لا يكفي لثبوت الغش في جانب البائع وإلا لتعذر إعمال مدة مرور الزمن على دعوى ضمان العيب لان الغش بالمعنى القانوني المقصود في المادة (٥٣١) من القانون المدني يتطلب قيام البائع بأفعال عمديه من شانها التمويه على المشتري بقصد إخفاء العيب ومنعه من اكتشافه في الوقت المناسب"[3].

---

1 – السروي، الغش في المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص ٤٥–٤٧

2 – نوري خاطر، المرجع السابق، ص ٤٩

3 – تمييز حقوق رقم ١٢٧/١٩٨٥ منشور على الصفحة (١٨٨٦) من العدد (٥) من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥

كذلك أن ما حظره القانون صراحة في عقد التأمين من تقديم معلومات كاذبة من المؤمن له فألزم المؤمن له بتقديم كل المعلومات التي يهم المؤمن معرفتها ليتمكن من تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقة ويلتزم المؤمن له كذلك أن يحظر المؤمن بما يطرأ أثناء مدة العقد من أمور تؤدي إلى زيادة المخاطر .وفي هذه الحالة يجوز للمؤمن أن يطلب فسخ العقد إذا كان المؤمن له قد تعمد كتمان أمر وقدم عن عمد بيانات كاذبة وكان وراء ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن وعلى ذلك يعد المؤمن له قد قدم بيانات كاذبة إلى شركة التأمين إذا ادعت بأنه لم يصب بمرض سابق ولكنه بالحقيقة كان قد أصيب بالمرض[١].وقد قررت محكمة التمييز "يلزم المؤمن له بالتامين على الحياة بأخطار المؤمن بجميع البيانات والظروف التي يكون من شانها تمكين المؤمن من تقدير الخطر المؤمن منه . ذلك لان محل التامين هو حياة الإنسان بما تتعرض له من أخطار و أمراض ظاهرة و خفية توجب على المؤمن له أن يحرص على تقديم البيانات المطلوبة منه و المتعلقة بهذه المسائل بدقة كاملة و أمانة تامة . وعليه فيترتب على كتم المؤمن له المرض الذي كان يعاني منه على المؤمن سوء النية مم يترتب على ذلك بطلان عقد التامين و تكون مطالبة المميزة بمبلغ التامين غير مستندة إلى أساس سليم من القانون"[٢]

إن الإخلال المتعمد لمبدأ حسن النية هو خطأ عقدي يتمثل في أن القصد لدى الفاعل هو الباعث على الفعل الضار. وقد عرف الخطأ العمد على انه خطأ شخصي محض لا يمكن الكشف عنه إلا بالنفاذ إلى الحالة النفسية أو بالتحري عما يكمنه الضمير. ولما كان الكشف عن النوايا من غير اليسير دائما ،لذا كان من الضروري اللجوء إلى قرينة وهي الخطأ الجسيم. والهدف من اللجوء إلى هذه القرينة هو قطع الطريق أمام أولئك الذين يتعمدون الإضرار بالآخرين ثم يستترون بستار سوء التقدير أو بعدم الخبرة ، فلا يستطيع فاعل الضرر ادعاء البداهة أو الغباء ، فليس الأمر هنا إلحاق الخطأ الجسيم بالخطأ العمد بصفته خطأ مستقلا عن هذا الأخير بل للاستدلال منه على الخطأ العمد بالذات ، فالأمر يتعلق بالإثبات أن الخطأ الجسيم قرينة على الخطأ العمد، لكنه قرينة غير قاطعة ، بل تسقط أمام إثبات انتفاء نية الإضرار. فسواء اعتبر الخطأ الجسيم قرينه على الغش أم لم يعتبر فإن النتيجة العملية من جهة الأحكام القانونية لا تختلف كثيرا. ففي مواد معينة يساوي في الحكم بين الغش والخطأ الجسيم

1 – ياسين الجبور، المبسوط، انعقاد العقد.مرجع سابق، ص ٤٢٩

2 – تمييز حقوق رقم ١٩٩٢/٧٤٢ منشور على الصفحة (١٩٢٥) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٣)

بينا فيما سبق أن صعوبة إثبات الخطأ العمد بطريقه مباشرة، لذا فإنـــه يـــستدل عليـــه بجسامة الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد أثناء التعاقد مع الطرف الأخر. وقد ذهب القضاء الأردنـــي في بعض قراراته اعتماد معيار درجة جسامة الخطأ في تعريف الخطأ الجسيم ، حيـــث نـــص على " انه لا يسقط حق المصاب بالمطالبة بالبدل اليومي والتعويض ما دام انه لم يتم عن فعله خطأ جسيم بلغ حدا من الخطورة)[١] وأيضا أن الخطأ الجسيم يستوي مع الفعل المتعمد يقتضي أن تكون الجسامة في الخطأ بالغة حد الخطورة المساوية للفعل العمد[٢].

ويرى جانب من الفقه أن الخطأ الجسيم يتأسس على درجه احتمال الضرر أو إمكـــان توقعه فإذا تعمد الشخص حصول الضرر وتأكد أن فعله سوف يؤدي إليه ومع ذلك أقدم عليـــه يعتبر قاصدا نتيجة فعله ومتعمدا إياه أما الشخص الذي كان يتوقع فقط حصول الضرر فيـــأتي الفعل دون أن يقصد حصوله فخطؤه يعتبر جسيما[٣]

المطلب الثاني

حالات الإعفاء من المسؤولية استنادا لمبدأ حسن النية

يتضح مما سبق أن حسن النية متطلب قانوني يجب على المتعاقدين أن يلتزما به، و وجدنا أن حسن النية في انعقاد العقد يعرف بطريقة سلبية تتمثل في عدم العلم، ولكن في حالات أخرى لا يدل عدم العلم على حسن النية، كما هو الحال في التعاقد مع ناقص الأهلية، فيجب على المتعاقد حتى يثبت حسن نيته أن يثبت أن ناقص الأهلية قد استعمل وسائل احتيالية. وفي حالات أخرى يثبت حسن النية لدى المتعاقد في مقابل سوء نية المتعاقد الأخر، مثل التعسف في استعمال الحق كالتمسك بالحق في الغلط، وقد يظهر حسن نية المتعاقد في مقابل التغرير الذي يعتبر أعلى درجات سوء النية.

و رأينا في تنفيذ العقد وكما هو الحال في انعقاد العقد، أن القاضي لا يستطيع أن ينفذ إلى داخل المتعاقد لكي يتحقق من حسن أو سوء نيته ، ولكن يلجأ القضاء إلى المعيار

---

[1] – قرار محكمة استئناف عمان، حقوق رقم ١٩٩٠/٦٣٦ الصادر في ١٩٩٠/١٠/١٥ غير منشور

[2] – قرار تمييز حقوق رقم ١١ في القضية رقم ٨٩/٧٢١ في ١٩٨٩/١٠/١٤ غير منشور

[3] – محمد عبد الظاهر حسين، المسئولية المدنية للمحامي تجاه العميل، دار النهضة العربية، القاهرة،مصر، ١٩٩٣، ص ٣٧٨

الموضوعي الذي بناءً علية يحكم القاضي على نية المتعاقد، مثل الغش والخطأ الجسيم، أو التعسف باستعمال الحق.

ولكن هناك حالات يستطيع القاضي فيها أن يدخل إما بتعديل العقد، أو فسخه، أو قد يتجاوز ذلك ويحكم على المتعاقد الذي لم ينفذ التزامه بعدم المسؤولية، وقد استقر الفقه كما سنرى في هذا الفصل على أن هذه الحالات جميعها ما هي إلا من تطبيقات مبدأ حسن النية في العقد.وهي على النحو التالي:

الفرع الأول

السبب الأجنبي ينفي المسؤولية

تقوم المسؤولية المدنية بصورة عامه بناءً على توافر ثلاثة أركان رئيسة : فعل الإضرار (الخطأ) والضرر و العلاقة السببية بينهما. و في هذا السياق تنص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني على أن "كل إضرار بالغير يلزم فاعلة و لو غير مميز بضان الضرر"، و عليه يمكن القول بأن الخطأ (التعدي) هو السبب الرئيسي المولد للمسؤولية المدنية عن الإخلال بتنفيذ الالتزامات العقدية، أما في المسؤولية التقصيريه والفعل الضار فإن الإخلال بالتزام قانوني و الذي يعتبر الإخلال به ركن جوهري في هذه المسؤولية وهو دائما التزام ببذل عناية[1]. وعليه

1- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام. ط ٢، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان، ١٩٩٨، ص ٨٨١ و ما بعدها

فإنه لا مسؤولية عقديه بدون خطأ، والقوة القاهرة تنطوي في حقيقتها على نفى الخطأ[١]، وهو ما يترتب عليه، أنه إذا كانت القوة القاهرة تؤدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام بصفة نهائية فإن ذمة المدين تبرأ من هذا الالتزام[٢]. وهذا ما تنص عليه المادة (٢٦١) من القانون المدني الأردني.

والسؤال الذي يثار هنا، هل القوة القاهرة كحادثة مادية دائما ترتب الإعفاء من المسؤولية ؟
والجواب هو إذا ساهم المتعاقد المدعي عليه إلى جانب القوة القاهرة، في إحداث الضرر، فلا يمكن في هذه الحالة اعتبار القوة القاهرة السبب الوحيد للضرر، ويكون المدعي عليه مسئولا بنسبة مساهمته في وقوع الضرر ولا يمكن أن يسأل احد عن فعل غيره، لأن الذي ساهم معه في إحداث الضرر هو القوة القاهرة[٣].

ووفقاً للمادة (٤٤٨) من القانون المدني الأردني فقد رتب المشرع انقضاء الالتزام في حال وجود السبب الأجنبي والقوة القاهرة، حيث تنص هذه المادة صراحة على انه " ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه".

وهنا نشير إلى انه للإعفاء من المسؤولية المدنية شروط، الشرط الأول، عدم إمكان التوقع، بمعني أن تكون القوة القاهرة غير ممكنة التوقع و يقصد بذلك أن يكون الحادث غير ممكن توقعه لا من جانب المدعي فقط، بل من جانب الرجل المعتاد من أفراد العامة[٤]، وعليه فإن المعيار المعتمد ليس شخصيا وإنما معيار موضوعي مجرد يعتد بمسلك الرجل المعتاد والذي يقوم على عنصرين أساسيين هما: عنصر الرجل المعتاد وعنصر توقع الظروف عند التعاقد[٥]. حتى لو ترخى - لسبب أو لآخر - تحقق الضرر، أما الشرط الثاني لتحقق حالة الإعفاء من المسؤولية تبعا لتطبيق السبب الأجنبي أو القوة القاهرة، هو شرط عدم إمكان الدفع، وذلك لأن المدعي عليه في دعوى المسؤولية يمكن أن يجد الوسائل التي تمكنه من دفعه و التغلب عليه. أما

1- أنظر د. عبد الحي حجازي، نظرية الاستحالة، مجلة أدارة قضايا الحكومة، السنة السابعة، ع ٢ أبريل ١٩٦٣، فقرة ١٨، ص ١٧٨-١٧٩.

2 د. عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، دار النهضة العربية، (د.ت)، فقرة ١٠٦، ص ١٠٩.

3 أنظر د. سليمان مرقس، في نظرية دفع المسؤولية المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة (فؤاد الأول)، ١٩٣٦، ص٢٤٧.

4- عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر، ١٩٨٤، ص٣٠٧.

5- عبد الوهاب علي الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٤، ص٣٣٢-٣٣٣ .

إذا كان مستحيلا دفعه فإن ذلك يعد شرطاً أساسياً للإعفاء من المسؤولية، وتقدير توافر هذا الشرط من عدمه يخضع إلى المعيار الموضوعي، أي معيار الرجل المعتاد الذي تشابه ظروفه ظروف المدعى عليه. وفي هذا السياق، يجب التفريق بين الظروف القاهرة والظروف الطارئة. فالأولي تجعل إمكانية التنفيذ مستحيلة، بينما الثانية على خلاف ذلك[١]. وهناك شرط ثالث هو أن يكون الحادث خارجاً عن الشيء، أما الشرط الرابع أن يكون الحادث هو السبب الوحيد في إحداث الضرر. للإعفاء من المسؤولية لا للتخفيف منها.

وفي هذا السياق، فإن القانون المدني الأردني في نص المادتين (٣١٥) و(٣٥٥) يتطلب من المدين في الظروف العادية أن يقوم بتنفيذ التزاماته العقدية تنفيذا عينياً، أي بذات ما التزم به، وإلا فإن التنفيذ يجب أن يأخذ شكل التعويض، حيث تنص المادة (٣١٥) على انه " يجب الوفاء بالحق متى استوفى شرائط استحقاقه قانوناً فإن تخلف المدين فقد وجب تنفيذه جبراً عليه، تنفيذاً عينياً أو تعويضاً طبقا لنصوص القانون"، أما المادة (٣٥٥) تنص على " يجبر المدين بعد اعذراه على تنفيذ ما التزامه تنفيذاً عيناً متى كان ذلك ممكنا".

الفرع الثاني

التعاون في تنفيذ الالتزام العقدي

أن أهم ما يميز العقود عدم إلزامها للأطراف المتعاقدة فقط بما ورد فيها، ولكنها تتناول أيضاً ما هو مستلزماتها وفقاً للقانون والعرف والعدالة[٢]. فللقاضي بموجب المادة (٢/٢٠٢) مدني أردني وفقاً لهذه القاعدة العامة أن يضيف إلى مضمون العقد ما يقضي به القانون أو العرف أو العدالة في إطار المبدأ العام الذي يقضي بضرورة تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع حسن النية مراعياً في ذلك المرغوب فيه اجتماعياً؛ لأن القانون نظام اجتماعي يهدف إلى حماية الفرد وتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة[٣]، ويتعين من ثم على القاضي أن يقدر ما إذا كان إضافة التزام ما إلى مضمون العقد يحقق تنظيما أفضل للعلاقات بين طرفيه من عدمه. ويعد الالتزام بالتعاون من تلك الالتزامات وان لم ينص عليها صراحة في العقد فإن للقاضي أن

1- قرار تمييز حقوق رقم ٧٥/٦١، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٧٦، ع٤ ، ص٥١٢.

٢- د. نصير صبار لفته، آثار عقد التأليف، ، مجلة القانون المقارن :العدد ٤٢ ، ٢٠٠٦.

٣- د. نصير صبار لفته، المرجع السابق.

يضيفها إليه أما تنفيذاً لنص في القانون[١]. أو إقرارا للعرف أو لاعتبارات العدالة وذلك في ما يفرضه التعاقد من التزامات ثنائية متبادلة على طرفي العقد، وما يتطلب القانون أن يتم تنفيذه بحسن نية [٢].

وسواء أكان نص القانون أو العرف أو اعتبارات العدالة وراء إضافة الالتزام بالتعاون إلى العقد، فإنه يعد من مستلزماته ويلتزم المتعاقدان به كما يلتزمان بما ورد فيه صراحة. أي أن الالتزام بالتعاون التزام عقدي إرادي[٣]. وفي هذا السياق أجاز المشرع الأردني للقاضي، أن يمنح المدين آجلا معقولا أو آجالا، إذا توافرت شروط معينة نصت عليها المادة (٢/٣٣٤) من القانون المدني الأردني حيث نصت "على انه يجوز للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى اجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم". ووفقا لفكرة التعاون في تنفيذ العقود فإذا كان الالتزام مستحق الأداء و غير مؤجل أو غير معلق على شرط، فيجب الوفاء به فورا، إلا أن المشرع الأردني أجازا للقاضي استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أن يمنح المدين آجلا معقولا أو آجالا ، دون أن يلحق الدائن من ذلك الأجل ضررا جسيما. وعليه وفي جميع الأحوال يجب أن يكون المدين حَسن النية في تأخره في الوفاء بالتزامه، لأن القاضي لا يستطيع أن يتدخل إلا إذا كان المدين كذلك[٤]. و المقصود بحسن النية هنا أن يكون إخلال المدين قليل الأهمية بالنسبة لمجمل ما تم تنفيذه أو أن للمدين عذرا في تأخره في التنفيذ ، فلم يقصد الإضرار بالمتعاقد الأخر و لم يهمل في الوفاء بالتزامه ويخطأ في تفسير التزامه العقدي[٥].

تطبيقاً لذلك، قررت محكمة التمييز فيما يتعلق بالصلح الواقي أن " الصلح الواقي شرع للتاجر حسن النية سيئ الحظ ، وعليه فقد أجاز المشرع للتاجر الذي يتوقف عن الوفاء بالتزاماته

١- كالالتزام بالتعاون بين البائع والمشتري في دفع تعرض الغير في دعوى ضمان الاستحقاق في عقد البيع. والتزام المستأجر بالتعاون مع المؤجر في دفع التعرض القانوني الصادر من الغير في عقد الإيجار. وموافاة الموكل بالمعلومات الضرورية في عقد الوكالة. والتزام العامل بالتعاون في عقد العمل من خلال الامتناع عن كل ما يضر بصاحب العمل والقيام بكل ما يؤدي إلى حماية مصالحه. لمزيد من التفصيل انظر تطبيقات الالتزام بالتعاون المشار إليها في دراسة د. نصير صبار لفته، آثار عقد التأليف، ، مجلة القانون المقارن :العدد ٤٢ ، ٢٠٠٦.

2- السيد بدوي، حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، مرجع سابق، ص٩٢٩.

٣- أنظر:السيد بدوي. المرجع السابق. ص٩٢٩

4 - ياسين الجبور، مرجع سابق ، ص٧٠

5 - د. احمد بني طه، مرجع سابق، ص ٢٣٧

أن يتقدم بطلب إلى محكمة البداية يعرض فيه صلحا على دائنيه"[١]. كما نجد أن المادة (٤٠٣) من القانون المدني الأردني تنص على أنه " إذا تبين من التصرف أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة حددت المحكمة اجل الوفاء مراعية موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضية منه عناية الحريص على الوفاء بالتزامه".

وفي حالة الإعسار الدائم للمدين قررت محكمة التمييز بأنه "يسقط حق المدين في الأجل إذا حكم بإعساره عملا بالمادة (٤٠٤ /١) من القانون المدني، وينبني على ذلك أن المدعي الذي طالب المدعى عليها بتسليمه باقي البضاعة المتعاقد عليها والتي دفع جزءا من قيمتها وحرر لأمر المدعى عليها عدة كمبيالات بباقي الثمن سندا للعقد وتخلف عن تسديد إحدى الكمبيالات بموعد استحقاقها وثبت عجزه عن الوفاء بديون أخرى مستحقة عليه وقضت المحكمة بإعساره فيصبح البيع مطلق يستحق فيه الثمن معجلا عملا بالمادتين (٤٨٣ ، ٥٢٢) من القانون المدني وبالتالي يحق للشركة البائعة أن تحبس المبيع وتتوقف عن التسليم حتى تستوفي الثمن أولا عملا بالمادة (٥٢٣) مدني ولا يحق للمشتري طلب إلزام الشركة البائعة بتسليم المبيع"[٢].

ومن الحالات التي لا يجوز فيها للقاضي منح أجل الوفاء ما قررته المادة (٢٤٥) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه". ففي هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا للوفاء" . كذلك نص المادة (٥٢٩) من القانون المدني الأردني " إذا حدد في البيع موعد معين لأداء الثمن واشترط فيه انه إذا لم يؤد المشتري الثمن خلاله فلا بيع بينهما. فان لم يؤده والمبيع لم يزل في يد البائع اعتبر البيع منفسخا حكما"

ومن أهم الشروط التي يتطلبها القانون في تحديد سلطات القاضي في منح نظرة الميسرة، أن لا تؤدي إلى إلحاق الضرر بالطرف الآخر في العقد[٣]، وأن يتم تحديد ميعاد الأجل وفقا لما جاء في الفقرة الثانية من المادة (٣٣٤) من القانون المدني الأردني في هذا

1 - تمييز حقوق، قرار رقم ١٩٩٩/٢٦٩٨، فصل بتاريخ ٢٠٠٠/٥/١١، منشور على الصفحة (٢٣٣٧) من العدد (٩) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٢)

2 - تمييز حقوق، قرار رقم ١٩٩١/٦، منشور على الصفحة (٢٣٤٦) من العدد (٦) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩١)

3 - د. عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص٣٧

الخصوص[١]، و أن يكون الأجل الذي يمنحه القاضي للمدين أجلا معقولا وليس طويلا [٢].

وفي جميع الأحوال، يجب أن لا ينتج عن منح نظرة الميسرة أي أضرار جسيمة تصيب الدائن، فإذا كان في نظرة الميسرة ما يصيب الدائن بذلك، فإنه ليس من العدل إغاثة المدين عن طريق الإضرار البليغ بالدائن[٣]. وحيث أنه لا يجوز إعفاء المدين من تبعة غشه أو خطئه الجسيم ، لذا كان من الضروري إذا ما أريد منح المدين نظرة الميسرة أن يكون حسن النية بالمعيار الذاتي فلا يتعمد الإضرار بالمتعاقد الأخر فلا يرتكب غشا أو خطئا جسيما أو أي فعل يتنافى وحسن النية[٤].

ومن هنا إذا توافرت الشروط السابقة الذكر فإنه يجوز للقاضي منح المدين هذا الأجل، وسلطاته في ذلك تقديريه موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة التمييز. وفي هذا السياق قررت محكمة التمييز " إذا لم يقم احد العاقدين بتنفيذ التزامه كما يوجبه العقد جاز للعاقد الآخر أن يسلك احد طريقتين: -

الأولى أن يتمسك بالعقد ويطالب بتنفيذه تنفيذا عينيا إن أمكن وإلا يتم التنفيذ بطريق التعويض استنادا للمسؤولية العقدية

الثانية أن يطلب فسخ العقد ليتحلل من التزاماته التي يلزمه بها العقد إذا وجد أن التمسك بالعقد لم يعد مجديا بعد إخلال الطرف الأخر بالتزامه العقدي وفقا لما يستفاد من المواد (٢٤٤ و٢٤٦ و٢٦٠) من القانون المدني، وبناء على ذلك فإذا وضعت المميزة ومن جانب واحد، حدا لعقد المقاولة بالنسبة للأعمال غير المنجزة والمنصوص عليها فيها فإن اختيار المميز ضده التنفيذ بطريق التعويض يتفق وأحكام القانون"[٥].

لذا نلاحظ، أن سلطة القاضي في منح المدين أجل للوفاء بالتزامه الذي لم يف به بموجب نص المادة (٢٤٦) من القانون المدني الأردني هي سلطة تقديرية واسعة الحدود تتمثل في حق القاضي على سبيل الجواز أن يمنح المدين الأجل الذي يقدره ويراه مناسبا لتمكينه من الوفاء بالتزامه بحسب الظروف وقد تقررت تلك السلطة بموجب النصين المشار إليهما بصورة

1 - وفيق علي مقابلة، مرجع سابق، ص ١٢٦-١٢٧

2 - وفيق علي مقابلة، مرجع سابق، ص ١٢٧

3 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص٦٩٥

4 - عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص٣٨

5 - تمييز حقوق رقم ٢٠٠٢/٣٠١٥، فصل بتاريخ ٢٠٠٣/١/٧، منشور على الصفحة (٢٠٤٥) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٣)

صريحة ويجوز للقاضي أن يمنح الملتزم أجلا للتنفيذ إذا اقتضت الظروف ذلك.

الفرع الثالث

البواعث المشروعة لعدم التنفيذ

نلاحظ أن معيار الباعث المشروع الذي يأخذ به القانون في إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية هو باعث الرجل المعتاد، وفي هذا الصدد يعرف الباعث على انه " القوة النفسية الناتجة عن تصور الغاية، و الحاملة على السلوك الإرادي...، وعلاقته بالإرادة هي علاقة السببية، وهو المعيار في توافر حسن النية غير الموصوف ،والمعيار في توافر حسن النية الموصوف إن كان مشروعاً "[١]. أما فيما يتعلق بتقدير الباعث المشروع وفقا لمعيار الرجل المعتاد فإن ذلك يتطلب النظر إلى " .... مسلك الرجل المعتاد في حالة اصطدام حقين مماثلين لحقي طرفي الدعوي دعوى المسؤولية المدنية من حيث تغليبه حقه على واجبه المقابل لحق أخر لشخص معين أو العكس، ويتعين وفقا لهذا المسلك تحديد واجبات المدعى عليه التي كان يلزم مراعاتها في الحالة المعينة التي وقع فيها الفعل الضار"[٢].

ومفهوم أو معيار الرجل المعتاد يطرح كحل وسطي للقياس عليه، والرجل المعتاد هو الشخص المجرد أو الشخص العادي الذي يمثل جمهور الناس فلا هو خارق الذكاء شديد اليقظة

---

1 - حسن بن هندي بن محمد الهندي العماري، حسن النية وأثره في العقوبة التعزيريه: دراسة مقارنة، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء- المملكة العربية السعودية، 1427-1426هـ.

2- سليمان مرقس، مذكرات في القانون المدني لطلبة قسم الماجستير في القانون في جامعة بغداد، مطبوعة بالرينيو، عام ١٩٦٨-١٩٦٩، ص١٢٤. ورد في إبراهيم احمد إبراهيم الذيابات، حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١١٠.

فيرتفع إلى الذروة، ولا هو محدود الفطنة خامل الهمة فينزل إلى الحضيض،وهذا ما يسمى بـــ "الرجل المعتاد " و كان يسمي في القانون الروماني القديم بـــ "رب الأسرة العاقل[١]". وعلى سبيل المثال، فإن هذا المعيار يتطلب قياس تصرف الطبيب المتهم بارتكاب التقصير بتصرف طبيب آخر يمارس نفس الفعل ويخضع لنفس الظروف الموضوعية من حيث الزمان والمكان كذلك الصحة والعاطفة والحالة العصبية . وعليه يمكن القول بأن كل "... باعث يؤدي بالمدين إلى الإخلال بالتزامه إذا كان يقوم في نفس الرجل المعتاد، فهو باعث مشروع، أما إذا كان لا يقوم على مثل هذا الباعث في نفس الرجل المعتاد فهو باعث غير مشروع، يطبع فعل المدين (خطأه) بالإهمال أو سوء التبصر وسوء التقدير، ما لم يعتبر القاضي هذا النوع من الإهمال خطأ جسيماً يلحقه بالعمد في أثاره" [٢]. ومن هنا فإن تطبيقات هذا المعيار في نطاق العلاقات العقدية والالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف في تنفيذها تتمثل في أنه " على الوكيل بذل العناية المناسبة في التنفيذ وذلك يختلف بحسب نوع الوكالة ، فإذا كانت الوكالة بلا أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة. أما إذا كانت الوكالة بأجر ، فيجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الرجل المعتاد وهذا ما نصت عليه المادة (٨٤١) من القانون المدني الأردني، وذلك لأن الوكالة عقد يشبه الوديعة والأمانة في بعض صورها وأحكامها ، لذا اعتمد في الحكم ما هو مقرر في الوديعة : وهو أن للمودع أن يحفظ الوديعة في المحل الذي يحفظ فيه ماله"[٣].

وفي القانون الأردني، نلاحظ أن المشرع المدني اخذ بنظرية البواعث المشروعة في عدم تنفيذ العقود، حيث تنص المادة (٣٥٥) من القانون المدني الأردني في فقرتها الثانية على " أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاقا للمدين جاز للمحكمة بناءً على طلب المدين أن تقصر حق الدائن على اقتضاء عوض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق به ضرراً جسيما". ومن هنا فإن للقاضي سلطة تقديرية موضوعية في تحديد عنصر الإرهاق الناجم عن ممارسة الطرف الأخر للحق القانوني المتمثل في إمكانية عدم تنفيذ الالتزامات العقدية إذا كانت مبنية على أساس البواعث المشروعة إلى يقرها القانون، وذلك من خلال تقدير حجم الخسارة ودرجتها التي تسبب فيها عدم

1- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص٨٤٤.

2- إبراهيم احمد إبراهيم الذيابات، حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١١٠.

3- د. وهبه الزحيلي ، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني ، دار الفكر، دمشق- سوريا، ١٩٨٧ ، ص٢٨٧ .

تنفيذ الالتزام العقدي وهل هذه الخسارة تتجاوز حدود الخسارة المألوفة أو الحد العادي المألوف الذي قد يتعرض إليه اى مدين في علاقة عقدية من ذات النوع.

وفي السياق ذاته، تنص المادة (٧٩٤ /١) من القانون المدني الأردني على أنه " إذا تم عقد المقاولة على أساس الوحدة وبمقتضى تصميم معين لقاء بدل محدد لكل وحدة ثم تبين أن تنفيذ التصميم يقتضي زيادة جسيمة في النفقات جاز لصاحب العمل بعد إعلامه بمقدار الزيادة أن يتحلل من العقد مع أداء قيمة ما أنجزه المقاول من العمل وفقا لشروط العقد أو قبول متابعته مع التزامه بالزيادة"، و تنص الفقرة الثانية من المادة ذاتها على انه " إذا لم تكن الزيادة جسيمة ولكنها محسوسة وضرورية لتنفيذ التصميم المتفق عليه وجب على المقاول أن يخطر رب العمل قبل الاستمرار في التنفيذ بمقدار ما يتوقعه من زيادة في النفقات فإذا مضى في التنفيذ دون إخطار فلا حق له في طلب الزيادة ". وعليه فإذا كان عقد المقاولة على أساس الوحدة، مثل كل بناء على حده، وبمقتضى تصميم معين، ثم تبين أن تنفيذ التصميم يقضي زيادة جسمية في النفقات، جاز لرب العمل أن يتحلل من العقد، مع إيفاء المقاول حقه عما أنجزه من الأعمال مقدرة على وفق شروط العقد. أما إن كان تنفيذ العمل على أساس تصميم لقاء أجر إجمالي، فليس للمقاول المطالبة بأية زيادة في الأجر. وإذا لم يعين في العقد أجر على العمل، استحق المقاول أجر المثل، مع قيمة المواد التي يتطلبها العمل. وإذا لم يتفق المهندس الذي صمم البناء وأشرف على تنفيذه على الأجر، استحق أجر المثل حسب الجاري عرفاً، فإن طرأ ما يحول دون إتمام تنفيذ العمل وفقاً للتصميم الذي أعده، استحق أجر مثل ما قام به من عمل دون الباقي.

الخاتمة:

انتهينا من دراسة موضوع دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقود، وتبين لنا من خلال الدراسة ماهية التطور التاريخي الذي مر به هذا المبدأ من ومدى الدور الذي لعبه القضاء في هذا التطور، ولقد أوضحت الدراسة بأن هذا المبدأ لم يكن غريباً على التشريعات القديمة، فكانت بذوره في شريعة حمورابي، وتجسد وتكرس في القانون الروماني من تطبيقات القضاء له، وهو ما ساهم بعدئذ في انتقاله إلى مختلف النظم القانونية في العالم.

ومنذ البدايات، قام مبدأ حسن النية في العلاقات والعقد على مبادئ الأخلاق والقيم التي تحكم المجتمع، وتصدى القضاء الروماني لهذه المهمة من واقع عدم وجود نصوص قانونية صريحة في القانون الروماني تحرم الغش والاحتيال في المعاملات العقدية، وفي محاولة منه كذلك في إرساء مبادئ قانونية تقوم على أسس الفلسفة الإغريقية كالعدالة وحسن النية والأمانة والثقة، حيث أضحت الإرادة الأساس في تحديد الالتزامات، وهو ما جعل موضوع حسن النية في تحديد تلاقي إرادة المتعاقدين لانعقاد العقد.

وفي ظل النظم القانونية الحديثة، أوضحت الدراسة أن هناك اختلاف في مضمون نطاق تطبيق مبدأ حسن النية، سواء في القانون الانجليزي أو ما يعرف بـــ " الشريعة العامة" أو القانون الفرنسي الذي لا يأخذ بفكرة السابقة القضائية كالشريعة العامة، وإنما بنظام تطبيق النصوص القانونية، وبينت الدراسة الدور الأساسي للقضاء في ظل النظامين في تطوير هذا المبدأ. وحاول القضاء الإنجليزي الاعتماد على مفاهيم العدالة الرومانية في تطوير مبدأ حسن النية في التعاقد، وضرورة منع الغش في المعاملات العقدية، وإقرار مبدأ التعويض عن الأضرار التي تلحق الأطراف جراء انتهاك معايير حسن النية، لا سيما بعد ظهور ما يعرف بمحاكم العدالة والتي ساهمت في إرساء مبادئ قانونية جديدة تقوم على فكرة العدالة، ومع ذلك

لم يأخذ القانون بفكرة حسن النية في التعاقد بشكل صريح إلا في عقود الثقة كالتأمين، إلا أن القضاء الإنجليزي اعتبر هذا العنصر متطلب ضمني في إبرام العقود وتنفيذها، وذلك باعتبار أن مبدأ حسن النية من النظام العام مما لا يجوز الاتفاق على مخالفته.

وحاولت الدراسة تسليط الضوء على دور القضاء الفرنسي في تطوير مبدأ حسن النية في التعاقد لا سيما بعد أن أصبح للإرادة دور جوهري في العقد، فأرست فكرة البواعث والنيات في التصرفات القانونية، من أجل الحد من محاولات الغش والغايات غير المشروعة، وأشترط القانون ضرورة أن تكون البواعث على التعاقد مشروعة، ووجوب الوفاء بالتعهدات، وضرورة التعادل في الالتزامات، وهي جميعها متفرعة من مبدأ حسن النية في تكوين العقود وتنفيذها.

أما فيما يتعلق بتطور مبدأ حسن النية لدى العرب والمسلمين، فقد وجدنا أحكام العرب في الجاهلية لفكرة الشكلية في انعقاد العقود، والقضاء في تلك الفترة كان يقوم على فكرة التحكيم، وبالتالي لم يكن له دور في تطوير مبدأ حسن النية في التعاقد، وعلى ذلك، فإن الشريعة الإسلامية أخذت بفكرة حسن النية في التعاقد، حيث تطلب أن تكون مقاصد التعاقد موافقة لقصد التشريع وأن تكون التصرفات العقدية قائمة مبادئ القيم التي نادى الإسلام بضرورة تطبيقها على تكريس هذا المبدأ، كالأمانة والاستقامة وعدم التعسف في استخدام الحقوق، لا سيما وأن فكرة الثواب والعقاب في الإسلام تقوم على البواعث والنوايا.

وقد أوضحت الدراسة ما يثيره مبدأ حسن النية في التعاقد من خلافات ومشاكل تصدى لها الفقه والقضاء، لذا حاولت هذه الدراسة التصدي لموضوع تطبيق القاضي لمبدأ حسن النية كقاعدة قانونية وحددت دور المشروع المدني الأردني في الأخذ بهذا المبدأ كقاعدة قانونية غير قابلة للاجتهاد، وذلك وفق ما حدده المشرع في المادة (١/٢) من القانون المدني وفقاً لمنطوق المادة(١/٢٠٢) من ذات القانون وعليه فإن المشرع يؤكد على أن مبدأ حسن النية كقاعدة قانونية، يجب أن يتسم بالعمومية والتجريد تبعاً لما جاء في المادة (١٥٦) من القانون المدني الأردني، علماً بأن القانون لا يأخذ بشكل عام بالنوايا إلا إذا رافقتها سلوكيات وتصرفات خارجية تعبر عنها، ولعل من أهم مزاياه اعتبار مبدأ حسن النية في التعاقد قاعدة قانونية، تساهم بقابلية التغيير والتطور وفقاً لتغير الظروف في المجتمع، بالإضافة إلى أن التصرف الخاص بضرورة التعبير بمعايير حسن النوايا في التعاملات العقدية جاءت ضمنيه أمره ، وهو ما يؤكد على أنها قاعدة ملزمة ولها سلطات ويترتب على مخالفتها الجزاء المادي، ومن هنا

فإن المشكلة الحقيقية التي كشفت عنها الدراسة هي عدم وجود تعريف جامع مانع لمفهوم مبدأ حسن النية في التعاقد، لا سيما وأنه يتجاوز في تطبيقاته سياق العقود والتحكم إلى مناحي الحياة كافة، ولقد أبرزت الدراسة أهم الاختلافات التي تتنازع اتجاهات تعريف مبدأ حسن النية، والتي تتراوح ما بين اتجاه رافض لمفهوم محدد لحسن النية كقاعدة قانونية، واتجاه آخر يحدد مفهوم ثنائي لمبدأ حسن النية، واتجاه يحدد لمفهوم في تنفيذ العقود وآخر يحصرها في التعريفات القانونية والغلط المشروع.

ولقد بينت الدراسة، أنه على الرغم أن تعدد الاتجاهات التي تحاول أن تحدد مفهوم مبدأ حسن النية، إلا أنها جميعها تتفق على الصفة القانونية لهذا المبدأ، وعليه توصلت الدراسة إلى استنتاج مفاده أن المرونة التي يتصف بها المبدأ من حيث التطبيق تعمل على تعقيد الجهود الرامية إلى التوصل لتعريف جامع مانع لهن، لذا نلاحظ أنه يأخذ صورة عدم العلم، وفي أحيان أخرى صفة الغلط، الجهل، أو عدم التعسف أو صفة عدم الإهمال... الخ. وهذا ما جعل هذه الدراسه تميل إلى الأخذ بما جاء في الاتجاه الأول الرافض لتحديد مفهوم محدد لمبدأ حسن النية، وتوضح الدراسة أن لمبدأ حسن النية في تطوره ولصلته بالأخلاق الأثر الكبير في رد الأمور لنصابها وإعلاء القاعدة الأخلاقية في نطاق القانون، وعليه فإن هذا المبدأ يوسع من صلاحيات القاضي، وبالتالي ثغرات القانون في حالات عدم موائمة النص القانوني مع الثغرات التي يشهدها المجتمع، وفضلاً عن ذلك، فقد أوضحت دراسة موضوع حسن النية في العقود والآثار الناجمة عنها، أنه لازال يثير الكثير من المشاكل،والتي تتركز حول فهم وتطبيق المادة (٢٠٢) من القانون المدني الأردني والتي تنص في فقرتها الأولى على وجوب تنفيذ العقد بما يتماشى مع حسن النية، ومن هنا فإن هذه المادة توضح أن المشرع لا يمكنه أن يسن القواعد المكملة لإرادة طرفي العلاقة العقدية، وبالتالي لا بد من منح القاضي سلطات واسعة للقيام بمثل هذه المهمة، وحرية في تقدير ظروف أعمال النص، وهو ما أعدت عليه المواد (١١٩١) و (١١٩٢) من القانون المدني الأردني. وهذا ما يدفع الباحث إلى الاعتقاد بأن المشرع هدف من النص على قاعدة حسن النية والتأكيد على تغير واتساع فكرة النظام العام والآداب العامة وبالتالي لا بد من القاضي صلاحيات لمواجهة هذه التغيرات الاهتمام ليس فقط بحسن النوايا في التعاقد، بل أيضاً بحسن المقاصد في التعاملات والالتزام بمبدأ توافق الإرادتين في التعاقدات، وضمان التوازن العقدي وصولاً إلى تحقيق العدالة العقدية.

ومن خلال استقراء نصوص القانون المدني الأردني وأحكام محكمة التمييز الأردنية، تبين للباحث، أن فكرة تحقيق العدالة العقدية تعتبر من أسمى الغايات التي يهدف إلى تحقيقها مبدأ حسن النية، وما يسمح به هذا المبدأ من سلطات واسعة للقاضي في الإرادة التعاقدية للأطراف، وهو ما أعدت عليه محكمة التميز في حكمها رقم ١٩٨٢/٤٢٠، والمواد ٦٦، ٢٠٢، ٦٤ من القانون المدني الأردني،ووفقاً لمنطوق المادة ٢٠٢ من القانون المدني في فقرتها الأول والثانية، فإن القاعدة المطبقة هي أن العقد شريعة والمتعاقدين، وأنه يكتسب قوته الملزمة بتوافق إرادي طرفي العقد، ويصبح قانوناً خاصاً بهما يجب تنفيذه بحسن نية، ويكون المشرع الأردني بهذا قد بين حدود هذه العقد من حيث الموضوع والأشخاص، ولعل أهم ما أكدت عليه الدراسة، ارتباط مبدأ حسن النية بفكرة النظام العام أو الآداب العامة بوصفها قواعد للسلوك تحكم تصرفات الأفراد في المجتمع، وهو ما أكدت عليه محكمة التمييز في حكمها رقم ٢٠٠٥/١٨٨٢ باعتبارها أن فكرة النظام العام والآداب العامة قيد على مبدأ سلطات الإرادة،وهو قيد لا يطبق فقط على أطراف التعاقد، بل على القاضي نفسه والغير.

إن تطبيق مبدأ حسن النية على التصرفات العقدية، لا يرتكز فقط على المقصد المشترك بل على أساس مستقل، موضوعي وتعديلي، بمعنى أن هذا المبدأ جل ما يهدف إليه خلق نوع من التوازنات العقد وبالتالي تحقيق العدالة العقيدة من خلال تخويل القاضي بسلطات وصلاحيات تمكنه من موازنة الموجات العقدية في حال تغير ظروف المجتمع الاجتماعية والاقتصادية، وذلك باعتبار أن الأنصاف والعرف الواردة في المادة ٢٠٢ من القانون المدني الأردني هي قانونية وليست تعاقدية، ولعل الهدف من اعتبراها كذلك، هو عدم العبث في الصلاحيات التي يقتضي هذا المبدأ منحها للقاضي لخلق التوازن العقدي، وتحقيق الحماية القانونية للطرف وتضيف في العقد، لذلك يرى الباحث بأن الاتجاهات التي تنادي بضرورة تقييد سلطات القاضي وأكدتها في تفسير العقد وإكماله، أنما تعد مخالفة في حقيقة الأمر لإرادة المشرع، والذي مدركاً تماماً أهمية تمتع القاضي بهذه الصلاحيات من باب سد الثغرات القانونية وعدم تكيفه مع ظروف المجتمع، والذي عادة ما يتسبب في إجهاض العدالة العقدية، لذا كان لا بد من تدخل القاضي لمعالجة هذه الإشكاليات القانونية.

وبناءاً على ما تقدم، فإن مقتضيات المادة ٢٠٢ من القانون الأردني. قابلة للتطبيق على كافة الظروف التي تحيط بعملية التعاقد وخلال كافة مراحله ابتداء بالمرحلة السابقة على التعاقد، وهي مرحلة التعارض مروراً بإبرام العقد وتنفيذه وانتهاء بدور القاضي الفاعل في

خلق التوازن العقد عند الضرورة، بالإضافة لما أوجبه المشرع في القانون، ومن هنا نلاحظ أن القضاء الأردني تصدى إلى التعامل مع تطبيقات مبدأ حسن النية في التعاقد، على أساس أنه مبدأ قانوني عام، وبهذا يكون القاضي الأردني عند تدخله لفهم وتفسير العقد، وتحديد محتواه وبالتالي خلق التوازن العقدي أنما استند في ذلك إلى سبب قانوني يهدف إلى تحقيق العدالة العقيدة وحماية أطراف التعاقد والوصول بالعقد على نتائجه الطبيعية والتي رغب بها كافة الأطراف مع الأخذ بعين الاعتبار كافة التحولات التي يشهدها المجتمع مع مرور الزمن، بالإضافة إلى ظروف التطور العلمي والتقني والتكنولوجي والتي أضحت تشكل محددات قانونية، وتحتاج إلى فكر قانوني وقضائي متقدم للتعامل معها، لا سيما في نطاق المعاملات العقدية وما تفرضه من التزامات وحقوق على أطراف التعاقد.

وتوصلت الدراسة إلى أن تشريع أحكام عيوب الإرادة في أغلبها تقوم على فكرة حسن النية ومقتضياتها في تكوين العقود وإبرامها، لا سيما وأنها تهدف إلى حماية الثقة المشروعة لدى المتعاقد في بعض الظروف والحالات، وإلى حماية الرضا والاختيار في مواطن أخرى. وهذا ما تمت مناقشة في حالات الغلط والغبن وغيرها من الحالات، والتي تعد وفقاً لهذا المبدأ مع التغرير، والإكراه والاستقلال من مظاهر سوء النية في التعاقدات والتي تؤدي إلى إفساد الإرادة. وفي إطار مناقشة الباحث وفي سياق رقابة القاضي على التزام المتعاقدين لمبدأ حسن النية في التعاقد، فأوصت الدراسة ضرورة التوافق بين جانب العدالة والذي يقضي التعديل على الإرادة الباطنة في التصرفات، والاعتداد بالبواعث المحركة لها ومراعاة جانب استقرار التعامل الذي يتطلب التعديل على الإرادة الظاهرة في التصرفات القانونية، وبالتالي تحديد سلطات القاضي القانونية في التدخل، من خلال تحديد المعاملات التي يعتمد عليها في تكييف الأمور، ووجد الباحث في أكثر من موطن أن القاضي الأردني يطبق أحياناً المعيار الموضوعي الشخصي، وذلك رقابة من خلال مبدأ توافق الأردنيين، حيث يتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين لاستجلاء مقاصد أطراف التعاقد، من خلال التعبير اللفظي أو المكتوب، فالرضا لا يقوم إلا بتوافق الأردنيين، وقد يتجاوز التعبير عن هذا الرضا الكتابة واللفظ إلى الإشارة كذلك يمكن للقاضي الأردني أن يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين من خلال رصد أعمال بعض المظاهر المعتمدة من طبيعة التعامل، كالصدق والنزاهة، الأمانة، الاستقامة والجدية في التعامل وغيرها، مع الأخذ بعين الاعتبار ما جاء في المواد (٨٧) و (٩٠) و (٩٩ /١) من القانون المدني الأردني، ومن هنا يرى الباحث من خلال استقراء المواد السابقة الذكر، أن الارتباط بين الإيجاب والقبول لا يكفي لانعقاد العقد، بل لا بد أن يكون القبول

مطابقاً للإيجاب، وهذان التفسير يجد سند حقيقي له أيضاً في نص المادة (١/١٠٠) من ذات القانون.

أما بخصوص استناد رقابة القاضي على تطبيقات مبدأ حسن النية في التعاقد إلى المعايير الموضوعية، فقد أكد عليها المشرع في نصوص المواد (٩٠) و (١/٩٩). من القانون المدني، لذا فإن الالتزامات التي يضفي القاضي لأعمال نقض العقد أنما تنبع من طبيعة العقد ذاته، وهو ما أكدت عليه محكمة التمييز في حكمها رقم (١٩٨٠/١٠) وفي منطوق المادة (٨٣٤) حول الوكالة والمادة (١/١١١) من ذات القانون الخاصة بالنيابة في إبرام العقود، ولقد تصدت الدراسة كذلك إلى رقابة القاضي على التزام المتعاقدين لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، وأوضحت نطاق ومدى هذه الرقابة في ظل نظم القانون المدني، ونظم قانون الشريعة العامة، وحددت موقف القانون الإيطالي في المواد (١٣٦٦) و (١٣٧٥) و (١٣٣٧) من القانون المدني حول وجوب تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ أطراف التعاقد لالتزاماتهم، أما في ظل القانون الإنجليزي، أوضحت الدراسة على الرغم من غياب النصوص الخاصة بهذا المبدأ، إلا أن المحاكم الإنجليزية تأخذ به دون الإشارة إليه مراجعة في حال تمسك الحقوق، أما موقف القضاء الأردني إزاء هذه المسألة فقد تجسد في قرار محكمة التمييز رقم (١٩٩٠/٦٠٢) والذي يقضي بضرورة الالتزام بهذا المبدأ عند التنفيذ بما ينسجم مع شروط العقد ومستلزماته وتبعاً لمتطلبات القانون وطبيعة التصرف.أما مظاهر إخلال المتعاقدين بمبدأ حسن النية في التنفيذ، بينت الدراسة أنها متعددة ومختلفة من واقع قانوني إلى آخر، فيأخذ شكل الإساءة لاستخدام الحقوق، والتضارب بين الواجبات الإيجابية مع السلبية وفقاً لرؤية الفقه الإيطالي، في حين أنها تأخذ وصف مخالفة معايير الوفاء والإخلاص والالتزام بتنفيذ العقد وفقاً للمعيار الموضوعي "لأب والجد" أو " الرجل المعتاد وفقاً للفقه الفرنسي. وهي ذات المعايير التي أخذ بها القضاء الأردني، وهو ما يصبح من منطوق حكم محكمة التمييز الأردنية رقم (٢٠٠٤/١٣٨٦).

ومن أهم النتائج التي توصلت إليها الدراسة أن مبدأ حسن النية في التعاقد قابل للتطبيق على كافة المراحل التي يمر بها العقد، وليس فقط خلال مرحلة التنفيذ أو الإبرام حيث تشمل آثار تطبيق هذا المبدأ أيضاً التصرفات التي يقوم بها الأطراف خلال مرحلة التفاوض السابقة على انعقاد العقد. وبالتالي فإن تطبيق ومراعاة مقتضيات هذا المبدأ خلال مرحلة التفاوض لا تقل أهمية عن مراعاته خلال مرحلتي الإبرام والتنفيذ، وذلك لما ينشأ من المتفاوضين من

عوامل ثقة، وتبادل معلومات قد تأخذ طابع السرعة في بعض الأحيان، ومن هنا فإن تطبيق هذا المبدأ يعتبر أرادة حقيقية في حماية حقوق كافة الأطراف.

التوصيات: وقد انتهينا من دراسة دور القاضي في تطبيق مبدأ حسن النية في العقد إلى عدد من التوصيات الهامة على صعيد التطبيق العملي لمبدأ حسن النية في التعاقد، وهذه التوصيات على النحو التالي:

١ - ضرورة التركيز على تطبيق مبدأ حسن النية في التعاقد، باعتباره من أهم المبادئ التي تسعى إلى تحقيق العدالة العقدية وخلق التوازنات العقدية، خاصة وأن تطبيق هذا المبدأ يعتبر أساسي في التعامل في كافة العلاقات القانونية والعقدية.

٢ - الحاجة إلى وجود نظام قانوني خاص ينظم كافة المسائل المتعلقة بمبدأ حسن النية في التعاقدات، على أن يتسم بالمرونة والقدرة والتكيف مع المتغيرات والمتطلبات المتتالية للمجتمع، بحيث يأخذ بعين الاعتبار الظروف الاقتصادية والاجتماعية لا سيما وأن هذا المبدأ يقوم على أساس أخلاقي يتطور باختلاف ظروف المجتمع.

٣ - ضرورة إجراء تعديلات على القانون المدني الأردني يسمح بالتعامل مع القواعد والمعايير الأخلاقية والتي تحكم مبدأ حسن النية في التعاقد لقواعد ملزمة في نطاق القانون، بالإضافة إلى ضرورة منح القاضي سلطات وصلاحيات أوسع من أجل حماية أطرافها وإكمال جوانب النقص الإرادية فيها بناءً على ما يتطلبه مبدأ حسن النية في التعاملات العقدية.

٤ - العمل على توسيع نطاق تطبيق مبدأ حسن النية وما يقوم عليه من عناصر أخلاقية من أجل أن يشمل المراحل السابقة على التعاقد.

٥ - محاولة الاستفادة من تجارب القانون المقارن في مجال تطبيق مبدأ حسن النية في التعاملات العقدية، وضرورة الإطلاع على مواقف الفقه والقضاء فيها من هذا المبدأ والتطورات التي تنشأ على صعيده، وذلك من أجل أمكانية توسيع نطاق تطبيق هذا المبدأ خلال مراحل العقد المختلفة ولا سيما في ظل التطورات

التكنولوجية والعلمية الراهنة وما تفرزه ظاهرة العولمة من تعقيدات وتطورات على صعيد تطبيق هذا المبدأ.

٦ - التأكيد على أهمية المادة (٢٠٢) بفقرتيها الأولى والثانية من القانون المدني الأردني باعتبارها نواة جيدة لخلق نظام قانوني خاص بمبدأ حسن النية في العلاقات العقدية.

المراجع

الكتب العربية:

- إبراهيم، عبد المنعم موسى إبراهيم (٢٠٠٦) **حسن النية في العقود**، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية.
- أبو البصل،عبد الناصر (١٩٩٩) **دراسات فقه القانون المدني الأردني: النظرية العامة للعقود** (ط ١) عمان: دار النفائس.
- أبو حجير، محمد محمود سعيد (٢٠٠٢) **نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة**، دار الثقافة، عمان
- أبو السعد، محمد (٢٠٠٠) **التعليق على نصوص قانون التجارة الجديد** ،الجزء الأول،الطبعة الأولى ،منشأة المعارف ،الإسكندرية.
- أبو السعود، رمضان (١٩٨٣) **الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني**، الدار الجامعية للطباعة والنشر: بيروت.
- أبو السعود، رمضان (١٩٩٨) **أحكام الالتزام**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية
- أبو طالب، صوفي (١٩٨٦) **تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية**، مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
- أبو الليل، إبراهيم (٢٠٠٣) **الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، عبر أجهزة الاتصال الحديثة "التراسل الالكتروني"**، لجنة التأليف و النشر،جامعة الكويت، الكويت.
- أبو الليل، إبراهيم (١٩٩٥) **المصادر الإرادية: العقد والإرادة المنفردة** (طبعة ١)، الكويت: جامعة الكويت
- أبو الليل، إبراهيم (٢٠٠٣) **التراسل الإلكتروني:الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية عبر أجهزة الاتصال الحديثة**، الكويت: جامعة الكويت، لجنة التأليف و النشر

- أبو العنين، سمير عبد المنعم (١٩٨٩) **أصول الأخلاق الدولية** ،الطبعة الأولى، القاهرة.
- أبو زيد، محمود، (١٩٩٤) **علم الاجتماع القانوني**، (ط ٢) مكتبة غريب
- أبو الوفا، إبراهيم (١٩٩٧) **الحماية الجنائية للدائنين ضد غش المدين بتعمد الإعسار للإضرار بدائنيه**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية،القاهرة ، مصر.
- أحمد، طه (١٩٩٧) **مشروعية محل الالتزام بين الشريعة والقانون**، القاهرة: دار النهضة العربية .
- أسيوطي، ثورت (١٩٦٢) **مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن**، القاهرة.
- بدر، محمد عبد المنعم (١٩٥٤) **القانون الروماني**، الكتاب الثاني في الأحوال،دار الحديثة: القاهرة
- البدراوي، عبد المنعم (١٩٨٠) **النظرية العامة للالتزامات-مصادر الالتزام**
- بدوي، علي (١٩٣٦) **مبادئ القانون الروماني**، القاهرة: مطبعة مصر.
- بن سليمة، حسين (١٩٩٣) **حسن النية في تنفيذ العقود** ،الطبعة الأولى ،تونس.
- بكار، حاتم،(١٩٩٧) **حق المتهم في محاكمة عادلة**، منشأة المعارف:الإسكندرية،مصر
- الترمانيني، عبد السلام(١٩٨٢) **الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية**، الطبعة الثالثة، الكويت:منشورات جامعة الكويت.
- تناغو، سمير، (٢٠٠٠). **مصادر الالتزام**، الإسكندرية: منشأة دار المعارف
- جعفر، علي، (١٩٨٢) **تاريخ القانون والشرائع**، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، بيروت، لبنان.
- جمعه، نعمان(١٩٧٧) **أركان الظاهر كمصدر للحق، التنازع بين القانون والواقع المستقر**، المنظمة العربية للتربية والثقافة، معهد الدراسات والبحوث العربية،القاهرة، مصر.
- جميعي، حسن عبد الباسط،(١٩٩٦) **حماية المستهلك (الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك)** ،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية.
- جميعي، حسن، (١٩٩٠). **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**. القاهرة: دار النهضة العربية.
- الجبوري، ياسين محمد، (٢٠٠٠) **المبسوط في شرح القانون المدني الأردني**، دار وائل، رام الله

- الجمال، مصطفى ، محمد، رمضان و إبراهيم، نبيل ،(٢٠٠٣) **مصادر وأحكام الالتزام**، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي، بيروت
- حبيب، عادل، (٢٠٠٥) **التنفيذ العيني للالتزامات العقدية**، دراسة تحليليه تأصيلية مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، الإسكندرية
- حجازي، عبد الحي (١٩٨٢) **النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي**، دراسة مقارنة، الكويت: جامعة الكويت
- حسن، علي سيد (١٩٩٠) **الالتزام بالسلامة في عقد البيع** (دراسة مقارنة)،دار النهضة العربية ،القاهرة.
- حسين، محمد عبد الظاهر،(١٩٩٣) **المسئولية المدنية للمحامي تجاه العميل**، دار النهضة العربية، القاهرة،مصر.
- الحنبلي، مازن، (٢٠٠٣) **الحقوق أنواعها و مداها و التعسف في استعمالها**، المكتبة القانونية، دمشق،
- حلمي بهجت بدوي،(١٩٤٣) **أصول الالتزامات**، الكتاب الأول، نظرية العقد، مطبعة نوري: القاهرة.
- الحكيم، عبد المجيد،(١٩٧٧) **الموجز في شرح القانون المدني** ، (ج١) في مصادر الالتزام ، (ط٥)، مطبعة نديم، بغداد.
- حرسي باشا، محمد كامل (٢٠٠٥) **شرح القانون المدني – الالتزامات**، (ج١)، شرح المواد ٨٩-١٦١، منشأة المعارف بالإسكندرية.
- خزاعلة، شمس الدين، (٢٠٠٥). **نطاق سلطان الإرادة**، دراسة مقارنة، اربد: دار الكتاب الثقافي، اربد
- دسوقي، محمد إبراهيم، (١٩٩٥) **الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات وإبرام العقود**، معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية.
- دسوقي، محمد إبراهيم (١٩٨٠)، **دور الإرادة في العقد**، دون مكان نشر.
- الداودي، غالب، (١٩٩٦) **المدخل إلى علم القانون** ،الطبعة الرابعة، الأردن، اربد.
- الرفاعي، احمد، (٢٠٠) **الالتزام بالتسامح**، دار النهضة العربية: القاهرة.
- الزعبي، خالد و الفضل، منذر (١٩٩٨) **المدخل إلى علم القانون**، طبعة ثانية، دار الثقافة: عمان.

- الزعبي، عوض (٢٠٠١) **المدخل إلى علم القانون**، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن.
- الزعبي، خالد و الفضل، منذر(١٩٩٥) **المدخل إلى علم القانون**، المركز العربي للخدمات الطلابية، عمان، ط١.
- زكي، محمود جمال(١٩٨٢) **عقد العمل في القانون المصري**، ط٢، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب.
- الزحيلي، وهبه (١٩٨٧) **العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني** ، دار الفكر، دمشق - سوريا.
- السرحان، عدنان وخاطر، نوري، (٢٠٠٢) **شرح القانون المدني الأردني**، مصادر الحقوق الشخصية: الالتزامات، دراسة مقارنة، عمان: دار الثقافة
- السرطاوي، محمود (٢٠٠١) **نظام الإسلام**، (ط ١) عمان: المركز العربي للخدمات
- سرور، حمد شكري(١٩٨٣) **مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة**،الطبعة الأولى،دار الفكر العربي،القاهرة.
- السنهوري، عبد الرازق، (١٩٨١)**نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام**، المجلد الأول، العقد،الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة.
- السنهوري، عبد الرزاق (٢٠٠٤) **الوسيط في القانون المدني**، ج١، تنقيح أحمد مدحت المراغي(د.ط) منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.
- السنهوري، عبد الرزاق (١٩٩٨) **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثاني ، نظرية الالتزام بوجه عام** ، مصادر الالتزام .ط ٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية: بيروت - لبنان.
- السنهوري. عبد الرزاق (١٩٥٦) **الوسيط في شرح القانون المدني**: مصادر الالتزام (ج1) القاهرة: دار النهضة العربية.
- السنهوري. عبد الرزاق (١٩٥٧) **الوسيط في شرح القانون المدني**: الإثبات واثار الالتزام (ج ٢) القاهرة:دار النهضة العربية
- السنهوري. عبد الرازق (١٩٨٠) **النظرية العامة للالتزامات: نظرية العقد**، القاهرة: دار الفكر
- السنهوري عبد الرزاق (١٩٣٤) **نظرية العقد**، دار الفكر – القاهرة.

- السنهوري عبد الرزاق (١٩٦٦) **الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام**، دار النهضة العربية – القاهرة،.
- السعدي، محمد صبري (١٩٨٦) **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات**، ج١، مصادر الالتزام، ط١، دون مكان نشر.
- سلطان، أنور(١٩٨٣) **المبادئ القانونية العامة لطلبة كلية التجارة**، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان.
- سوار، وحيد الدين (١٩٦٠)، **التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي**، ط١، مكتبة النهضة المصرية – القاهرة
- سليم، عصام، (٢٠٠١). **أسس الثقافة القانونية**، الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث
- سليمان، شيراز عزيز(٢٠٠٨) **حسن النية في إبرام العقود**، ط١، دار دجلة.
- الصدة، عبد المنعم فرج(١٩٩٤) **أصول القانون**، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- الصدة، عبد المنعم (١٩٧٩). **مصادر الالتزام**: دراسة مقارنة في القانون اللبناني والقانون المصري، القاهرة:دار النهضة العربية
- الصراف، عباس و حزبون، جورج (١٩٩٧). **المدخل إلى علم القانون**، (ط ٤) عمان: دار الثقافة
- صلاح الدين الناهي(١٩٧٣) **أهم القرارات والاجتهادات القضائية**، ج١، مطبعة الحوادث – بغداد.
- طلبه ،أنور،(٢٠٠٤) **المطول في شرح القانون المدني**، الطبعة الأولى. الجزء الثالث، المكتب الجامعي الحديث:الإسكندرية، مصر.
- عبد العال، عكاشة و المجذوب، طارق(٢٠٠٢). **تاريخ النظم القانونية والاجتماعية**، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- عبد الله، فتحي (١٩٧٨) **العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والإنجليزي المقارن**. المنصورة: مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية
- عبد الباقي، عبد الفتاح (١٩٨٤) **نظرية العقد والإرادة المنفردة**، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة نهضة مصر
- العبودي،عباس (١٩٨٨) **تاريخ القانون**، مديرية الكتب، الموصل، العراق.
- عقايلة، زيد (٢٠٠٧) **المصطلحات القانونية**، الطبعة الثانية، دار الثقافة، عمان، الأردن.

- العبادي، عبد الله(١٩٨٣) **من الآداب والأخلاق الإسلامية،** منشورات المكتبة العصرية، بيروت ،لبنان.
- عبد الله، محمد(١٩٩٦) **المدخل إلى علم القانون أو النظرية العامة للقانون** ، مطبوعات جامعة دمشق ، دمشق ، القاهرة
- عبد المجيد الحكيم(١٩٦٧) **الوسيط في نظرية العقد،** ج١(انعقاد العقد)، شركة الطبع والنشر الأهلية – بغداد.
- عبد الرحمن عياد،(١٩٧٢) **أساس الالتزام العقدي،** المكتب المصري الحديث – الإسكندرية.
- عبد الودود، يحيى(١٩٩٤) **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات،** دار النهضة العربية، القاهرة.
- العدوي، جلال و أبو السعود، رمضان و قاسم ، محمد حسن(١٩٩٦) **الحقوق وغيرها من المراكز القانونية،** منشأة المعارف، الإسكندرية،.
- عامر، حسين،(١٩٦٠) **التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود،**ط١،مطبعة مصر، القاهرة
- عامر، حسين (١٩٥٦)**المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية،** ط١، مطبعة مصر، القاهرة،
- عامر، حسين، (١٩٤٩). **القوة الملزمة للعقد،** (ط ١) القاهرة: مطبعة مصر.
- عامر، حسين، (١٩٩٨). **التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود**. القاهرة: الهيئة المصرية للكتاب.
- العطار، عبد الناصر (١٩٧٨) **نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية والقوانين العربية،** القاهرة: مطبعة السعادة.
- العمروسي، أنور، (٢٠٠٣). **عيوب الرضا في القانون المدني،** الإسكندرية : منشأة المعارف
- العوجي، مصطفى (١٩٩٥) **القانون المدني:** العقد، (ج ١)، (ط ١) بيروت: مؤسسة بحسون للنشر.
- عيسى، محمد، (١٩٩٩) **مفهوم العقد**: دراسة مقارنة بين الفكر القانوني الغربي و الفقه الإسلامي، القاهرة: دار النهضة..

- عشوش، أحمد (٢٠٠٥) **قانون العقد**، الإسكندرية: مؤسسة شباب الجامعة
- العمري، إسماعيل (١٩٨٥) **الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون**، ط١، العراق -الموصل: منشورات مكتبة بسام،
- العبد اللاوي، إدريس، (١٩٧٥). **المدخل لدراسة القانون**: (ج١)، نظرية القانون (ج٢)، نظرية الحق، الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة.
- عبد العال، محمد حسين (١٩٩٨)**التنظيم ألاتفاقي للمفاوضات العقدية** ،دراسة تحليلية مقارنة ،دار النهضة العربية ،القاهرة.
- عبد السلام، سعد سعيد (١٩٩٩)**الالتزام بالإفصاح في العقود** ،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية .
- عبيدات، يوسف محمد(٢٠٠٩) **مصادر الالتزام في القانون المدني**، دراسة مقارنة، ط١، دار المسيرة للنشر والتوزيع،عمان – الأردن.
- عمر، نبيل (١٩٨٤) **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، (ط ١) الإسكندرية: منشأة المعارف
- غانم، إسماعيل، (١٩٦٦). **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام: العقد والإرادة المنفردة**، القاهرة: مكتبة وهبة.
- فرج، توفيق، (١٩٩٠). **المدخل للعلوم القانونية: النظرية العامة للقانون**، الإسكندرية: الدار الجامعية.
- الفار، عبد القادر، (١٩٩٤). **المدخل لدراسة العلوم القانونية: مبادئ القانون، النظرية العامة للحق والقانون**، (ط ١) عمان: دار الثقافة.
- القوني، عبد الحليم (٢٠٠٤)، **حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية
- القاضي، محمد (١٩٩٧) **مبدأ حسن النية في قانون العقوبات**: دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المصري والقانون المقارن. القاهرة: دار النهضة العربية
- قرزمان، منير (٢٠٠٦) **التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء**، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، جريدة مصر العربية.
- القرضاوي، يوسف (١٩٩٦) **النية والإخلاص**، (ط ١) عمان: ،دار الفرقان.

- الكيلاني، محمود،(٢٠٠٤) **التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية**، ط١، دار وائل للنشر، عمان – الأردن.
- الكيلاني، محمود،(١٩٩٩) **القانون التجاري الأردني والأوراق التجارية**: دراسة مقارنة، ط١، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان.
- محمود، مجدي، (٢٠٠١) **المبادئ القانونية :مصدر ذاتي للمشروعية**، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي
- مصطفى، عمر (١٩٦٦). **القانون الروماني**، (ط ٦) الإسكندرية: دار المعارف
- مصطفي، عبد الله،(١٩٩٨) **علم أصول القانون**، المكتبة الوطنية، بغداد.
- مرقس، سليمان، (١٩٩٢). **الوافي في شرح القانون المدني: أحكام الالتزام**، (ج ٢)، (ط ٢). القاهرة: دار الكتب القانونية
- مرقس، سليمان،(١٩٦٨ -١٩٦٩) **مذكرات في القانون المدني لطلبة قسم الماجستير في القانون** جامعة بغداد، مطبوعة بالرينيو
- معوض، فؤاد (٢٠٠٤) **دور القاضي في تعديل العقد**: دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر
- المغربي، محمود، (١٩٧٩) **الوجيز في تاريخ القوانين**، (ط ١) بيروت: المؤسسة الجامعية
- مغربي، محمد عبد المجيد (١٩٨٨) **أحكام العقد في الشريعة الإسلامية**، المكتبة الحديثة، طرابلس– لبنان.
- ملكاوي، بشار (٢٠٠٨). **معجم تعريف مصطلحات القانون الخاص**. (ط ١). عمان: دار وائل للنشر والتوزيع
- ملكاوي، بشار (٢٠٠٤) **الوجيز في شرح نصوص القانون المدني الأردني: نظرية العقد**، عمان: دار وائل.
- منصور، محمد، (٢٠٠٠) **أحكام الالتزام**، بيروت: الدار الجامعية.
- منصور، محمد، (٢٠٠٦) **المسؤولية الالكترونية**، الإسكندرية: منشأة المعارف
- المهدي، نزيه محمد الصادق،(١٩٨٢) **الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات العقدية**،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية.

- المهدي، نزيه محمد الصادق (٢٠٠٤)، **النظرية العامة للالتزام**، ج١، مصادر الالتزام، دون مكان نشر،
- مبروك، ممدوح محمد،(٢٠٠٠)**أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته** ،الطبعة الأولى ،المكتب الفني للإصدارات القانونية ،القاهرة.
- منتصر، سهير،(١٩٩٠)**الالتزام بالتبصير**،دار النهضة العربية،القاهرة.
- محمد السيد رشدي،(١٩٩٥) **الخطأ غير المقترف، سوء السلوك الفاحش والمقصود**، ط١، الكويت،.
- مأمون، عبد الرشيد،**علاقة السببية في المسؤولية المدنية**، دار النهضة العربية، (د.ت)
- النشار، جمال، (١٩٩٩). **النية وأثرها في البناء في ملك الغير**، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- النعيم، نورة، (٢٠٠٠) **التشريعات في جنوب غرب الجزيرة العربية حتى نهاية دولة حمير**، الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية.
- النقيب، عاطف،(١٩٨٤) **النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي – الخطأ والضرر**، منشورات عويدات والجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، بيروت – لبنان.
- نداوي (١٩٨٩) **تاريخ القانون**، بغداد: وزارة التعليم العالي والبحث العلمي.
- يوسف، سنية، (٢٠٠٢). **غش الخصوم كسبب للطعن بالتماس إعادة النظر**، الإسكندرية: ،دار الجامعة الجديدة
- وليم سليمان قلادة،(١٩٥٥) **التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري**، ط١، المطبعة الحديثة -القاهرة،.

الكتب الانجليزية:

- ATIYAH P.S. (1995) **An introduction to the law of contract**, 5th ed., 1995، Oxford
- Cary Di Lernia، Nigel Finch and Andrew Terry (2009), **Good Faith- An Idea Past Its Time، Faculty of Economics and Business**, The University of Sydney.
- D. Campell (1996), **the relational constitution of the discrete contract in Contract and Economic Organization**: Socio-Legal Initiatives, Aldershot, Brookfield, Vt, Darmouth 42.

- Ichiro kilauca, **"Rapport Japonais", in La bonne foi،,dit**, Henri capitant, Litec. Paris, 1992
- Jacque Ghestin (1993), Traite de droit Civil (**La Formation du Contrat**), Lixairie Generale de jurisprudence.
- Hugo Grotius (1625), **in De Jure Belli ac Pacis**، Libri Tres .
- J.F. O'Connor (1991) **in Good Faith in International Law (Brookfield USA**: Dartmouth Publishing Company Limited.
- J.F. O'Connor (1990), **Good Faith In English Law (Brookfield USA:** Dartmouth Publishing Company .
- J. Ghestin (1993), Traité de droit civil. **La formation du contrat, Paris**: L.G.D.J.
- O. Lando and H. Beale (2000), **Principles of European Contract Law Parts I and II Combined and Revised**. Kluwer Law International, The Hague, London, Boston.

الأبحاث القانونية:

- أبو عرابي، غازي، و القضاة، فياض(٢٠٠٤)**حجية التوقيع الإلكتروني**: دراسة التشريع الأردني، مجلة كلية جامعة وسعة للعلوم الاقتصادية والقانونية.
- الأهواني، حسام الدين كامل (١٩٩٦)**مقالة بعنوان "المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل أعداد العقد الدولي** "مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،العدد الثاني،يوليو السنة 8٣
- جمعة، عبد الرحمن(١٩٩٩)**الإكراه في نطاق القانون المدني الأردني**، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٦، العدد ٢.
- حجازي، عبد الحي (١٩٦٣) **نظرية الاستحالة**، مجلة أدارة قضايا الحكومة، السنة السابعة،عدد٢
- حداد، حمزة، ،(٢٠٠٢/٨/٣٠) **الإذعان وعقد التأمين** ،ورقة عمل، مقدمة لمؤتمر " القضاء والتأمين، عمان الأردن
- خاطر، نوري (٢٠٠١) **تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسئولية المدنية**، دراسة مقارنة، مجلة المنار، المجلد السابع، العدد الثالث، جامعة آل البيت، المفرق

- سوار، محمد وحيد الدين(١٩٧٩) **الغبن والاستغلال في القانون المدني الأردني، عدل العقد**، مجلة نقابة المحامين، ملحق الأبحاث،.
- سوار، محمد، (١٩٩٢) **سلطة القاضي في تعديل العقود**، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (١-٣)
- عبد الله، فتحي، (١٩٧٨)**العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانون المصري والإنجليزي المقارن**. مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية،المنصورة، مصر،
- العنبكي، مجيد (١٩٩٩) **فكرتا المصلحة والحق**، مجلة الدراسات القانونية، بيت الحكمة، بغداد، ع١، س١
- قطب، مسعد ، **الفقه الفردي التقليدي لمبدأ سلطان الإرادة في العقود**، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – جامعة عين شمس، ع١و٢، س٣١.
- اللصاصمة، عبد العزيز (٢٠٠٢) **دور القاضي في تفسير العقد وتعديل مضمونة**، مجلة البحرين
- لفته، نصير صبار (٢٠٠٦) **آثار عقد التأليف**، ، مجلة القانون المقارن :العدد ٤٢.
- محاسنه، محمد، (١٩٩٠) **حالات الاعتداد بالغبن بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الأردني:** دراسة مقارنة، مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الخامس، العدد الأول
- مبارك، سعيد(١٩٨٩) **التعسف في استعمال الحق**، مجلة القانون المقارن، ع٢١،.
- نصير، يزيد، (٢٠٠٠) **مرحلة ما قبل إبرام العقد**، (ج ٢)،عقد التفاوض بحسن نية، بحث منشور، كلية الدراسات القانونية، جامعة آل البيت، المفرق، عمان
- الكوراني، اسعد، (١٩٦٠). **نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية**، مجلة المحاماة، العدد الأول، السنة الأربعون.
- الكوراني، اسعد، (١٩٦١) **الاستغلال والغبن في العقود**، بحث مقارن، في القانون المصري وفي القوانين المدنية العربية، مجلة المحاماة، العدد السادس، السنة الحادية والأربعون

الأبحاث القانونية بالانجليزية:

- APLETON J (1999), **Good faith in private law**, Current Leg. Problems, 52
- BRIDGE M.G. (1984), **Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?** 9 Canadian Business Law Journal.

- Emily M. Weitzenbo¨ CK (2004)، **Good faith and fair dealing in contracts formed and performed by electronic agents**, Artificial Intelligence and Law 12.
- F.K Juenger, **"Listening To Law Professors Talk About Good Faith: Some Afterthoughts**" (1995) 69 Tul. L. Rev. 1253 at 1254.
- GORLA G (1968). in SCHLESINGER R.(ed.), **Formation of contracts**، 2 vol., 1968, B6 .
- **Good Faith Performance in Employment Contracts**, U. PA. Journal of Labor & Employment Law (2006) Vol. 8:4, p.918.
- J. M. Feinman (2000), **Relational contract theory in context**، 94 Nw. University L. Rev. 737.
- M.A. Eisenberg (2000), **Why there is no law of relational contracts**, 94 Nw. L. Rev. 812 .
- Mason A (2000), '**Contract**، **Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing**' 116 Law Quarterly Review 66.
- MARKR (2003).FREEDLAND, **THE PERSONAL EMPLOYMENT CONTRACT** 119 .
- William Totly, **Good Faith in Contract Particularly in the Contract of Arbitration and Chartering**, McGill University
- P. J Powers (1999), "**Defining the Indefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods**" 18 J.L. & Com.
- **Wood v. Lucy, Lady Duff-Gordon**، 222 N.Y. 88، 91, 118 N.E. 214, 214 (1917).
- Harry Shulman, Reason (1955), **Contract, and Law in Labor Relations, Harvard Law Review.**
- S.J. Burton (1980), "**Breach of Contract and The Common Law Duty to Perform in Good Faith**" 94 Harv. L. Rev. 369 .
- N.E. Nedzel (1997), "**A Comparative Study of Good Faith, Fair Dealing, and Pre contractual Liability**" 12 Tul. Eur. & Civ. L.F.

الرسائل الجامعية:

رسائل الماجستير:

- الذيابات، إبراهيم، (٢٠٠٥). **حسن النية في تنفيذ العقود في القانون المدني الأردني،** رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن
- الحداد، رومان، (٢٠٠٠). **حسن النية في تكوين العقود،** رسالة ماجستير منشورة، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت المفرق، الأردن
- سمامعة، خالد، (١٩٩٧). **سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الأردني:** دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
- الحسيني، مصونة (٢٠٠٣) **الباعث وأثره في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي،** رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الشريعة، دمشق، سوريا
- لقمان، وحي، (١٩٩٢) **الظروف الاستثنائية التي تطرأ على العقد بعد إبرامه،** دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان،
- الغيثان، غازي (٢٠٠٥) **سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد،** رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الكرك، الأردن
- العويدي، احمد (١٩٩٩)، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقد التأمين،** رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
- السباتين، خالد، (٢٠٠١) **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان،** رسالة ماجستير، جامعة القدس، كلية الحقوق، فلسطين
- إبراهيم، نضال (٢٠٠٣) **أحكام عقود التجارة الإلكترونية،** رسالة ماجستير، جامعة عمان العربة، عمان، الأردن.
- البرغوثي، فدوى محمد (٢٠٠٣) **المسؤولية المدنية الطبية في حالات الولادة،** رسالة ماجستير، جامعة القدس،
- الجراح، جهاد محمد(١٩٩٩) **أثر الغش في العقد الأساسي على التزام البنك بوفاء قيمة الاعتماد المستندي،** رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية،
- الجوعاني، علاء حسين(٢٠٠٢) **مبدأ حسن النية في تكوين العقود** ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة النهرين ،.
- حكم، وليد (٢٠٠٦)**فكرة الخطأ الجسيم وأثرها في تقدير خصم التعويض في المسؤولية المدنية:** دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، عمارة الدراسات العليا، جامعة مؤتة

- الرويح، أسعد عبد الرحمن(١٩٩٩) **الحماية الجزائية للمستهلك من الغش في المعاملات التجارية وفقاً للقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٦ المعدل**، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة الكويت.
- العماري، حسن بن هندي بن محمد الهندي (1427-1426هـ) **حسن النية وأثره في العقوبة التعزيريه:** دراسة مقارنة، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في السياسة الشرعية، المعهد العالي للقضاء - المملكة العربية السعودية،
- الملا صالح وعبد الجبار، ناجي، **(١٩٧٣). مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود**، رسالة ماجستير منشورة في القانون الخاص، (طبعة ١) جامعة بغداد، مطبعة اليرموك، بغداد، العراق

رسائل الدكتوراه:

- حسن، خالد جمال احمد،(١٩٩٦)**الالتزام بالأعلام قبل التعاقد** ،رسالة لنيل درجة الدكتوراه ،كلية الحقوق جامعة أسيوط ،.
- الخطيب، حسن، (١٩٦٨)،نطاق **المسؤولية المدنية التقصيرية والتعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن**،رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة باريس،مطبعة حداد،البصرة ١٩٦٨،ص٣٢٩.
- الرومي، عبد الوهاب علي (١٩٩٤) **الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي**: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة،.
- عبد، درع حماد (٢٠٠٣)**عقد الامتياز ،رسالة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق** ،جامعة النهرين.
- عليمات، سالم خليف (٢٠٠٧) **الرقابة القضائية على المشروعية والموضوعية لقرارات الضبط الإداري:** دراسة مقارنة: فرنسا، مصر، الأردن، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا – جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان.
- مرقس، سليمان (١٩٣٦) **في نظرية دفع المسؤولية المدنية**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة (فؤاد الأول) ،
- بني طه، يحي، (٢٠٠٧) **مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود**، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن ،عمان.

- السروي، محمد (٢٠٠٤) **الغش في المعاملات المدنية**، دراسة مقارنة في القانون المدني والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر.
- المحاسنه، محمد، (١٩٨٦) **مفهوم المحل والسبب في العقد**، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر.
- ملكاوي، بشار (٢٠٠٢) **تأثر مبادئ العقد عند حلول أزمة سياسية**، رسالة دكتوراه، دار وائل للنشر ، عمان، الأردن
- بدوي، السيد، (١٩٨٩) **حول نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية**، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة القاهرة، مصر،
- الرقاد، خلف، (٢٠٠١) **الحق في الحبس، القانون المدني الأردني**، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.
- حرح، زكريا، (١٩٩٩) **الخطأ في المسؤولية العقدية**، رسالة دكتوراه منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.
- سعودي، عبد الرحمن (١٩٩٠). **سلطة القاضي التقديرية في تعديل مضمون العقد**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر

الرسائل الجامعية بالانجليزي:

- Raed S.A Faqir (2004), **The protection of the Rights of accused in India and Jordan, A Comparative study**، ph.d thesis, Delhi University.

المؤتمرات العلمية:

- Aleš Zalar (2003), Legislative and judicial incentives to early (amicable) resolution, 1st European Conference of Judges" Early settlement of disputes and the role of judges" organized by the Council of Europe in co-operation with the Consultative Council of European Judges (CCJE) 24 and 25 November , Strasbourg.
- Alberto M. Musy (2000), The Good Faith Principle in Contract Law and the Pre-contractual Law and the pre-contractual Duty to Disclose: Comparative Analysis

of New Differences in Legal Cultures, International Center for Economic Research (Torino) and McGill University Faculty of Law (Montreal), December.

أحكام المحاكم:

- تمييز حقوق رقم ١٩٨٠/١٠، منشور على الصفحة (١٠٩٠) من العدد (٨) من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٠
- تمييز حقوق رقم ٧٥/٦١، مجلة نقابة المحامين، لسنة ١٩٧٦، ع٤ ، ص٥١٢.
- تمييز حقوق، قرار رقم ١٩٩٩/٢٦٩٨، فصل بتاريخ ٢٠٠٠/٥/١١، منشور على الصفحة (٢٣٣٧) من العدد (٩) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٢)
- تمييز حقوق، قرار رقم ١٩٩١/٦، منشور على الصفحة (٢٣٤٦) من العدد (٦) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩١)
- تمييز حقوق رقم ٢٠٠٢/٣٠١٥، فصل بتاريخ ٢٠٠٣/١/٧، منشور على الصفحة (٢٠٤٥) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٣)
- تميز حقوق رقم ٦٦/٣٩، لسنة ١٩٦٦، ص ١٠٦٧.
- تمييز حقوق ٩٢/٢٧٩ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٩٤، ص ٣٨٣
- تمييز حقوق رقم ١٩٨٥/١٢٧ منشور على الصفحة (١٨٨٦) من العدد (٥) من مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥
- تمييز حقوق رقم ١٩٩٢/٧٤٢ منشور على الصفحة (١٩٢٥) من العدد (١) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٣)
- قرار محكمة استئناف عمان، حقوق رقم ١٩٩٠/٦٣٦ الصادر في ١٩٩٠/١٠/١٥ غير منشور
- قرار تمييز حقوق رقم ١١ في القضية رقم ٨٩/٧٢١ في ١٩٨٩/١٠/١٤ غير منشور
- تمييز حقوق، قرار رقم، ١٩٨٩/٨٦٠ منشور على الصفحة (١٢١٣) من العدد (٦) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩١)
- تمييز حقوق، قرار رقم ١٥٩٢/ ١٩٩٩ فصل بتاريخ ٢٠٠٠/٥/٨ م نشور على الصفحة (٢٣٠٥) من العدد (٩) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٢)

- تمييز حقوق رقم ٢٠٠٤/٣٤٤ فصل بتاريخ ٢٠٠٤/٩/٢٦ منشور على الصفحة (١٣٨٦) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة ٢٠٠٥
- قرار رقم ، ١٩٨١/٤٢٠، منشور على الصفحة (٣٤٦) من العدد (١٠) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٨٢)
- قرار محكمة التمييز رقم ١٩٩٨/٦٥٣، فصل بتاريخ ١٩٩٨/٤/٢٢، منشور على الصفحة (٣٦٥٢) من العدد (١٠) من مجلة نقابة المحامين لسنة (١٩٩٨)
- تمييز حقوق ١٨٨٢/ ٢٠٠٥، منشور على الصفحة (١٣٥٦) من العدد (٧) من مجلة نقابة المحامين لسنة (٢٠٠٦)

أحكام المحاكم الأجنبية:

- B5, p.1272-1292 Lord Denning opinion in Central London Property v. High Trees House Ltd. [1947] KB 130,
- Carter v. Boehm (1766) 3 Burr. 1905; 97 E.R. 1162.
- Cassation case law, Cass., 8.4.1987, Bull., III, n°88 RTD civ. 1988, 122
- Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd. and LaHave Developments Ltd. (No. 3)11 Kelly J. (1997) 192 N.B.R. (2nd) 68 at 78; 489 A.P.R. 68 at 78 (N.B. C.A.).
- Tymshare Inc v. Covell , 727 F.2d 1145 (D.C. Cir. 1984) at 1152

"THE ROLE OF THE JUDGE IN THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH IN CONTRACT"

By

Mubarak Mohammed Theeb AL Mahan AL fotih

Supervisor

Dr. Ghazi Abu-Orabi, Prof

Abstract

This study deals with the theme "Role of the Judge in the application of the principle of good faith in contract." Targeted primarily to clarify the role of the judiciary in the show and the consolidation of the idea of good faith in the law, through the study of the history of this principle through the ancient times, and we found a set of laws and the ancient laws provided for the manifestation of this principle, and we chose the Roman law to be the subject of this study since it is a reference to the months the laws of modern Western law, namely the French and English law has made clear the position of Islamic law from this principle and we have concluded already in the text of Islamic law on this principle in general. We have noticed through the decisions of the Jordanian courts and Comparative Law, that in reliance on the Elimination of this principle in many of the provisions, the importance attributed to the judge in the first place is the fact that the principle of good faith extends the powers of the judge stated in the realization of the right contracts and to conduct its borders,

And then looked in the application the judge of the principle of good faith as a rule of law, and tried in the beginning of this study to determine the meaning of this principle, in the general rules of contract in the Civil Code of Jordan, has offered directions jurisprudence in the definition of the principle of good faith which was in its entirety is

about the moral basis, have wondered about the importance of this principle in the law, and we found that the legislature cares about the application of the law, but not at the expense of ethical principles, which seeks to protect and preserve. This militancy on the one hand the legislature has made this principle binding on the contractors and the judge. Where the top legislator of this principle and dedicated within the rules of public order and public morals. That does not stop at the demands, but a judge may intervene in the contractual relations and monitor the extent of compliance. For the grounds that the judge is the balance between the interests of the group and the interests of individuals. Weighting the interests of society to benefit individuals. And the likelihood that interest due to several reasons, including the rights of individuals must be permanent in the balance of moderate to lead the performance of its mission in life consistent with the interests of society and the objectives of the law and its purpose.

The goal, which aspire to at the beginning of this study is to remove the ambiguity that is going on this principle. To move to the key role played by the judge to apply the principle of good faith in the contract, where we found that the judge two roles, the first supervisory role to take account of contractors for the principle of good faith from that assumed in the estimate in good faith contracted standard subjective and objective criteria and in this role does not judge to apply the principle of good faith, but the supervision of contractors by the commitment of the previous criteria, which, during which the judge decides the size of the civil liability consequences of a breach or not breach of good faith. And the role of the second round of this principle applied to protect the balance of justice and Streptococcus.

It should be noted that the judge in certain situations the application of this principle without resorting to the above criteria and that the objectives consistent with the public interest and strengthen the moral example in the case of implementation of the literal

commitment in contracts of adhesion and other examples that highlights the role of the judge where, citing the principle of good faith in this intervention, this does not clarify the importance of the principle, but also illustrates the importance of the role of judge in its application without stand on the claim.